

ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
EXTRAORDINARIO (2021)

DERECHO Y POLÍTICA ANTE LA PANDEMIA: REACCIONES Y TRANSFORMACIONES

TOMO I

Reacciones y transformaciones en el Derecho Público

Coordinadores:

FRANCISCO VELASCO CABALLERO
BEATRIZ GREGORACI FERNÁNDEZ



UAM

Universidad Autónoma
de Madrid

AFDUAM — ISSN: 1575-8427

BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
RELACIONES CON LAS CORTES
Y MEMORIA DEMOCRÁTICA

ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
EXTRAORDINARIO (2021)

DERECHO Y POLÍTICA ANTE LA PANDEMIA:
REACCIONES Y TRANSFORMACIONES

Tomo I
Reacciones y transformaciones en el Derecho Público

ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID EXTRAORDINARIO (2021)

Coedición de la Facultad de Derecho de la UAM y de la Agencia Estatal Boletín
Oficial del Estado con la colaboración del Colegio de Registradores de la Propiedad y
Mercantiles de España

COMITÉ CIENTÍFICO

Paz Andrés Sáenz de Santa María
(Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad
de Oviedo, España).

Adela Asúa Batarrita
(Catedrática de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco, España).

Paola Bergallo
(Profesora de Filosofía del Derecho de la Universidad Torcuato di Tella, Buenos Aires,
Argentina).

Esther del Campo García
(Catedrática de Ciencia Política de la Universidad Complutense, España).

Marta Cartabia
(Profesora ordinaria de Derecho constitucional de la Università degli Studi di Milano-Bicocca,
Italia).

Laura Cruz Castro
(Investigadora Científica de OPIS del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, España).

Enric Fossas Espadaler
(Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona, España).

María Paz García Rubio
(Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Santiago de Compostela, España).

Roberto Gargarella
(Profesor de Teoría Constitucional y Filosofía Política de la Universidad Torcuato di Tella;
profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires, Argentina).

Thomas Legler
(Catedrático Relaciones Internacionales de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México,
México).

Massimo Meccarelli
(Catedrático de Historia del Derecho de la Università degli Studi di Macerata, Italia).

Jesús Mercader Uguina
(Catedrático de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de
Madrid, España).

Niamh Moloney
(Professor of Law de la London School of Economics and Political Science, Reino Unido).

Rui Manuel Gens de Moura Ramos
(Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Coimbra, Portugal).

Amparo Navarro Faure
(Catedrática de Derecho financiero y tributario de la Universidad de Alicante, España).

Malina Nikolova Novkirishka-Stoyanova
(Catedrática de Derecho romano de la Universidad St. Kliment Ohridski de Sofía, Bulgaria).

Giuseppe Piperata
(Catedrático de Derecho administrativo de la Universidad Iuav de Venecia, Italia).

Jesús Quijano González
(Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de Valladolid, España).

Miguel Rodríguez Blanco
(Catedrático de Derecho eclesiástico del Estado de la Universidad de Alcalá de Henares,
España).

Macarena Vargas Pávez
(Profesora de Derecho procesal de la Universidad Diego Portales, Chile).

CONSEJO DE REDACCIÓN

Director

José María Rodríguez de Santiago
(Catedrático de Derecho Administrativo, UAM).

Vocales

Juan Damián Moreno
(Decano de la Facultad de Derecho y Catedrático de Derecho procesal, UAM).

Pilar Pérez Álvarez
(Directora del Departamento de Derecho privado, social y económico y Profesora Titular de
Derecho romano, UAM).

Mercedes Pérez Manzano
(Directora del Departamento de Derecho público y Filosofía del Derecho y Catedrática de
Derecho penal, UAM).

Susanne Gratius
(Directora del Departamento de Ciencia política y Relaciones internacionales y Profesora
contratada doctora de Ciencia política y Relaciones internacionales, UAM).

Ignacio Tirado Martí
(anterior Director del AFDUAM y Profesor titular de Derecho mercantil, UAM).

Carmen Navarro Gómez
(Profesora contratada doctora de Ciencia Política y Relaciones internacionales, UAM).

Nuria Bermejo Gutiérrez
(Profesora titular de Derecho mercantil, UAM).

Alicia González Alonso
(Profesora contratada doctora de Derecho constitucional, UAM).

María Emilia Casas Baamonde
(Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad Complutense de
Madrid. Ex Presidenta del Tribunal Constitucional).

Miguel Beltrán de Felipe
(Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla – La Mancha).

Basilio Aguirre Fernández
(Director del Servicio de Estudios del CORPME).

José María Ramírez-Cárdenas Gil
(Secretario del CORPME).

SECRETARÍA ACADÉMICA

M^a Julia Solla Sastre
(Profesora Contratada Doctora de Historia del Derecho y de las Instituciones, UAM).

DISTRIBUCIÓN Y VENTA

Librería del BOE
Trafalgar, 27. 28010 Madrid
libreriaboe.es

PETICIÓN DE INTERCAMBIO

julia.bruna@uam.es

ANUARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
EXTRAORDINARIO (2021)

**DERECHO Y POLÍTICA ANTE
LA PANDEMIA: REACCIONES
Y TRANSFORMACIONES**

**Tomo I
Reacciones y transformaciones
en el Derecho Público**

FRANCISCO VELASCO CABALLERO
y
BEATRIZ GREGORACI FERNÁNDEZ



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID
AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO

Con la colaboración del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España

MADRID, 2021



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional, (CC BY-NC-ND 4.0).

Acción financiada por la Comunidad de Madrid a través del Convenio Plurianual con la Universidad Autónoma de Madrid en su línea de Excelencia para el Profesorado Universitario, en el marco del V PRICIT (V Plan Regional de Investigación Científica e Innovación Tecnológica).

This work has been supported by the Madrid Government (Comunidad de Madrid-Spain) under the Multiannual Agreement with Universidad Autónoma de Madrid in the line for the Excellence of the University Teaching Staff, in the context of the V PRICIT (Regional Programme of Research and Technological Innovation).

© Coedición de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid y de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, con la colaboración del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

<http://cpage.mpr.gob.es/>

ISSN: 1575-8427

NIPO: 090-21-150-7 (Edición en papel)

090-21-151-2 (Edición en pdf)

090-21-152-8 (Edición en Epub)

Depósito Legal: M-32683-1997

Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

SUMARIO

	<u>Páginas</u>
REACCIONES Y TRANSFORMACIONES EN EL DERECHO PÚBLICO	
Presentación	13
PRIMERA PARTE: ORDEN CONSTITUCIONAL Y PANDEMIA	
JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA «El estado de alarma y el derecho de crisis en nuestro sistema constitucional»	17
MARTA MARÍA LORENTE SARIÑENA Y ANTONIO MANUEL LUQUE REINA, «La formación histórica de los estados de excepción»	31
CÉSAR AGUADO RENEDO, «Gobierno y Parlamento en la emergencia sanitaria» ...	47
FRANCISCO VELASCO CABALLERO y LUCÍA LÓPEZ DE CASTRO y GARCÍA-MORATO, «Distribución territorial del poder durante la pandemia»	61
ANTONIO ARROYO GIL, «El derecho a circular libremente en tiempos de pandemia»	87
MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA, «El derecho de reunión»	109
RICARDO GARCÍA GARCÍA, «Libertad religiosa en tiempo de coronavirus»	127
BORJA BARRAGUÉ, «El impacto del SARS-CoV-2 sobre las (des)igualdades materiales y relacionales»	143
ANTONIO CIDONCHA MARTÍN, «La pandemia y la libertad de empresa»	157

SUMARIO

SEGUNDA PARTE: LAS NORMAS DE LA PANDEMIA Y SU CUMPLIMIENTO

ALEJANDRO HUERGO LORA, «Fuentes del Derecho»	175
LIBORIO LUIS HIERRO, «Sobre la eficacia de las normas de emergencia»	191
MANUEL MAROTO CALATAYUD, «Desobediencias y creación policial del Derecho: de la protesta a la pandemia»	211
TOMÁS CANO CAMPOS, «Sanciones administrativas»	225
MANUEL CANCIO MELIÁ y MARTA PANTALEÓN DÍAZ, «Derecho Penal y coronavi- rus: algunos problemas de imputación»	241

TERCERA PARTE: DERECHO ADMINISTRATIVO DE ALARMA Y DE EMERGENCIA SANITARIA

SILVIA DÍEZ SASTRE, «¿Cambiará la pandemia el derecho de la contratación pú- blica?»	259
LUIS ARROYO JIMÉNEZ, «Procedimientos administrativos para la gestión de la emergencia»	275
GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL, «Responsabilidad patrimonial del Estado y COVID-19»	293
CÉSAR CIERCO SEIRA, «La vacunación contra la COVID-19 y sus principales deba- tes jurídicos»	309

CUARTA PARTE: SISTEMA FINANCIERO DE LA PANDEMIA Y LA RECONSTRUCCIÓN ECONÓMICA

JUAN ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, «Ingresos públicos y tributos durante la pan- demia»	339
ESTER MARCO PEÑAS, «Derecho <i>en y tras</i> la pandemia. Los mecanismos de apoyo de la UE para hacer frente a la crisis de la COVID-19: el alcance de la solida- ridad entre Estados miembros de la UE»	355
DOMINGO JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS, «Las implicaciones de los confinamientos domiciliarios durante la pandemia en los convenios de doble imposición»	375
CÉSAR MARTÍNEZ SÁNCHEZ, «Las reglas fiscales tras la COVID-19»	393
BEGOÑA SESMA SÁNCHEZ, «Derecho de subvenciones en y a partir de la pande- mia»	409

QUINTA PARTE: EL ORDEN INTERNACIONAL DE LA PANDEMIA

SOLEDAD TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, «Cooperación sanitaria internacional (OMS)»	429
CRISTINA IZQUIERDO SANS, «UE y COVID-19: la gobernanza de Europa por la Unión Europea»	445

PRESENTACIÓN

La pandemia de la COVID-19 será recordada en los libros de historia como otra de las grandes crisis que, cíclicamente, sacuden a la Humanidad. El Derecho y el Estado no han sido ajenos a esta sacudida. Por un lado, el «legislador de emergencia» ha adoptado medidas específicas que han afectado a múltiples sectores del ordenamiento. De otro lado, los jueces y tribunales han tenido que dar respuesta a litigios por completo nuevos, apenas esbozados en las leyes vigentes hasta hoy. Por fin, algunos de los elementos más estables del Derecho y la política (conceptos e instituciones jurídicas; funciones, objetivos y métodos del Estado) han sido puestos a prueba en este excepcional contexto, llegando a estirarse, en algunos casos, hasta límites insospechados.

Prácticamente desde el inicio de la pandemia los investigadores no han dudado en poner sus conocimientos al servicio de la sociedad. En el caso de la investigación jurídica, este servicio se ha plasmado en un largo repertorio de *webinars*, *blogs* o números especiales de revistas dedicados a esta coyuntura tan extraordinaria. Las propias circunstancias excepcionales son las que han llevado a unos estudios que ahora podríamos llamar «de emergencia». Un apresuramiento justificado, sin duda, por la necesidad acuciante de solucionar los problemas que esta crisis ha puesto bajo el flexo del investigador.

Pero transcurrido un año desde que nos arrolló el virus, hemos considerado que era el momento de pulsar el botón de pausa. De dar espacio y tiempo a una reflexión más sosegada. De preguntarse si hay que repensar las medidas para una potencial futura crisis similar (¿cuál ha sido y cuál debe ser el Derecho *en* la pandemia?). De plantearse si los elementos estructurales del Derecho han sido irremediablemente sacudidos y si, de la mano de una nueva normalidad, ha llegado también un nuevo Derecho (¿cuál es el Derecho *tras* la pandemia?).

Creemos que se abre una nueva etapa en la investigación jurídica ligada a la pandemia. La presente obra trata, si no de inaugurarla, sí de impulsarla. Contamos para ello con un nutrido grupo de prestigiosos académicos que ofrecen una investigación rigurosa, meditada y reflexiva en las diversas materias que, a nuestro juicio, la reclaman.

A la vista de la ya larga experiencia del Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM, que cada año dedica atención monográfica y pluridisciplinar a alguna cuestión central del Derecho y la Ciencia Política, desde el principio pensamos que esta obra debía ser un número extraordinario del Anuario. Así se lo propusimos a su consejo de redacción, que con mucha agilidad aprobó el proyecto. Eso explica que, como todos los números del Anuario, también este se edite con el Boletín Oficial del Estado y con la participación del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España. Además, gracias a la inestimable colaboración de nuestra compañera Lucía López de Castro, esta iniciativa ha contado también con la ayuda financiera de la Comunidad de Madrid, a través del Convenio Plurianual con la Universidad Autónoma de Madrid en su línea de Excelencia para el Profesorado Universitario, en el marco del V PRICIT (V Plan Regional de Investigación Científica e Innovación Tecnológica).

La obra general que ahora se presenta, y de la que el presente tomo es solo una parte, es ambiciosa y, a la vez, comedida. Es una obra ambiciosa porque su objetivo es ofrecer una visión global del Derecho (tanto público como privado) y de la Ciencia Política en tiempos de pandemia y tras la pandemia. Por ello, la obra se estructura en tres tomos: Derecho Público, Derecho Privado y Ciencia Política. Es también una obra comedida, porque los estudios son breves: muy centrados, densos en análisis y en construcción teórica, más que en datos.

En lo que hace a los dos tomos jurídicos, se parte de un concreto planteamiento metodológico, consistente en analizar los cambios normativos (o las resoluciones judiciales) a la luz de los elementos más estables del Derecho (principios, instituciones, conceptos jurídicos) y en valorar cómo han quedado afectadas esas estructuras más estables del Derecho a partir de la pandemia.

El presente tomo, dedicado al Derecho público, pasa revista en primer lugar a las instituciones constitucionales centrales, que se han visto sacudidas por las medidas adoptadas por todas las autoridades públicas, tanto antes como durante y después de los estados de alarma. En segundo lugar, en este tomo se analizan también algunas instituciones y pilares normativos del Derecho administrativo, financiero, penal, europeo e internacional, en cuyo seno se han adoptado decisiones de gran trascendencia. Algunas de estas decisiones –tanto normativas como gubernativas o judiciales– han puesto en cuestión algunas instituciones jurídicas asentadas y han dado lugar a nuevos planteamientos de fondo que previsiblemente perdurarán tras la pandemia.

Piénsese, sin ir más lejos, en el continuo debate en todos estos meses en torno a las reservas de ley para la limitación de derechos fundamentales; en la distribución de funciones entre gobiernos y parlamentos; en la funcionalidad del principio de proporcionalidad en contextos de incertidumbre científica; en la distinción entre la suspensión y la limitación de un derecho fundamental; en la eficacia directiva de normas volátiles, con vigencia de apenas unos días y difícilmente conocibles en detalle por los ciudadanos; en la novedosa función judicial de autorizar la aplicación de disposiciones gubernativas generales; en los déficits funcionales de muchos procedimientos administrativos e instrumentos financieros que dificultan una actuación estatal adecuada ante situaciones de emergencia o catastróficas. El objeto de este tomo es, precisamente, analizar en qué medida las respuestas jurídicas coyunturales adoptadas durante la pandemia están participando ya en un proceso más sutil y discreto de redefinición de las estructuras centrales del Derecho público del siglo XXI.

En algunas cuestiones ya se están decantando las primeras respuestas estructurales, aunque aún no está claro que se mantengan en el tiempo. Es el caso, por ejemplo, de la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 2021, sobre el concepto de «suspensión» de derechos fundamentales, sentencia que ha sido comentada por varios autores en la fase de corrección de pruebas de este tomo.

Confiamos en que esta obra vea la luz en un tiempo en el que la sociedad ya no viva atenazada por el virus. Por eso, su previsible utilidad no estará tanto en ofrecer soluciones frente a la pandemia como en ayudar a entender la respuesta del Derecho y el Estado a más de un año de conmociones sucesivas; y en identificar cuáles de esas respuestas ya no desaparecerán de nuestro Derecho cuando toda haya pasado.

Madrid, a 17 de mayo de 2021

BEATRIZ GREGORACI FERNÁNDEZ
FRANCISCO VELASCO CABALLERO

**PRIMERA PARTE:
ORDEN CONSTITUCIONAL Y PANDEMIA**

EL ESTADO DE ALARMA Y EL DERECHO DE CRISIS EN NUESTRO SISTEMA CONSTITUCIONAL*

Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA

Resumen

Se parte del acierto constitucional de atender a las situaciones de crisis con su provisionalidad y limitaciones materiales correspondientes. Y ello pensando en los derechos afectados o las instituciones cuyo funcionamiento se altera, e interpretando correctamente la peculiar regulación al efecto, sea la propia Constitución o la Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio. Así se examinan los dos Estados de Alarma nacionales declarados con ocasión de la pandemia del Coronavirus. Ambos se consideran justificados, pues las restricciones de derechos no incurren en su suspensión, propia del Estado de excepción y, aunque, con una acentuación diferente, de tendencia centralizada el primero o descentralizada el segundo, respetan el marco territorial constitucional. La conclusión no obstante es la conveniencia de una ley específica de las crisis sanitarias, que reduzca la inseguridad jurídica en que se mueven especialmente las Comunidades Autónomas.

Palabras clave

Derecho de crisis; estado de alarma; estado de excepción; principio de proporcionalidad; limitación de derechos; suspensión de derechos; competencias sanitarias y marco territorial.

Abstract

It is based on the constitutional wisdom of attending to crisis situations with their provisionality and corresponding material limitations. And this thinking about the affected

* Esta contribución mía debe remitir para desarrollos más detenidos a mis trabajos anteriores sobre el particular. Me refiero a «Algunas consideraciones constitucionales sobre el estado de alarma» en el libro dirigido por BIGLINO, P., y DURAN, J. F., *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el sistema constitucional: Estudios sobre la primera oleada*, Zaragoza, 2021, y «La crisis del Coronavirus tras el primer estado de alarma», en trance de publicación, también como el volumen que se acaba de citar, por la Fundación Giménez Abad.

rights or the institutions whose operation is altered, and correctly interpreting the special regulation to that effect, be it the Constitution itself or the Organic Law of the States of Alarm, Exception and Siege. This is how the two national States of Alarm declared on the occasion of the Coronavirus pandemic are examined. Both are considered justified, since the restrictions of rights do not incur in their suspension, typical of the State of exception and, although, with a different accentuation, of a centralized tendency the first or decentralized the second, they respect the constitutional territorial framework. The conclusion, however, is the convenience of a specific law on health crises, which reduces the legal uncertainty in which the Autonomous Communities especially operate.

Keywords

Crisis law; state of alarm; state of exception; principle of proportionality; limitation of rights; suspension of rights; health competences and territorial framework.

SUMARIO: I. La constitucionalización del derecho de crisis. Su interpretación correcta y el juego del principio de proporcionalidad. II El marco normativo de los estados de crisis y la Declaración del Estado de alarma. III. La corrección de la Primera Declaración del Estado de alarma nacional desde el punto de vista de los derechos. IV. La corrección de la Primera Declaración del Estado de alarma nacional desde el punto de vista de la centralización que hace posible. V. La declaración del Segundo Estado de alarma nacional VI. Conclusión. VII. Bibliografía.

I. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE CRISIS. SU INTERPRETACIÓN CORRECTA Y EL JUEGO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

NO son muchas las pautas normativas ni jurisprudenciales en relación con nuestro derecho de crisis y, específicamente, el Estado de alarma. Unos pocos preceptos constitucionales, la Ley Orgánica de los Estados de alarma, excepción y sitio de 1981(LOAES), y una Sentencia del Tribunal Constitucional, precedida de un auto, y seguida, tras el Estado de alarma recientemente declarado, de la inadmisión de un amparo en relación con una manifestación convocada durante la pandemia (1). Esta situación implica sin lugar a duda que en relación con el derecho de crisis sea conveniente recurrir al panorama constitucional comparado; y que asimismo debamos tomar en cuenta algunos principios de interpretación aplicables especialmente a los estados excepcionales.

(1) Respectivamente, STC 83/2016; ATC 7/2016; y ATC 40/2020. Añádase ahora también la STC de 14 de julio de 2021.

Con lo que nos encontramos en la teoría constitucional es con la valoración positiva de la constitucionalización de los derechos excepcionales. Parece un éxito de la constitución normativa admitir que la Norma Fundamental rija tanto en los tiempos ordinarios como en los periodos de crisis, así como que se admita la necesaria provisionalidad de estos períodos, y su limitación material, de modo que los derechos restringidos con sus garantías sean estrictamente los imprescindibles, y las alteraciones del funcionamiento institucional se reduzcan al máximo. Como es obvio ello es lo que demanda la idea instrumental de los estados excepcionales que no los contempla como la manifestación de la verdadera soberanía sino como la exigencia de la recuperación constitucional futura. En efecto, la situación excepcional solo puede declararse en determinadas circunstancias, sea que la vida del Estado sufra graves perturbaciones o que peligre el orden constitucional, y su objetivo no es «excepcionar» el sistema constitucional o proceder a su sustitución, sino establecer las condiciones para su restauración. La recuperación constitucional determina la justificación del estado de crisis, las medidas que en el mismo tomen las autoridades y su límite, pues las actuaciones en cuestión solo son lícitas si sirven al restablecimiento constitucional y se atienen al principio de proporcionalidad.

Como queda dicho, la situación excepcional se limita a las modificaciones del régimen de los derechos, en punto a su restricción o la pérdida de garantías sobre todo judiciales de su normal ejercicio, y dependiendo en su alcance del tipo de crisis, de acuerdo con una visión graduada del peligro, pero sin que pueda afectar a todos los derechos, o suponer su pérdida, sino solo su suspensión o la clase de la protección de que dispongan.

De otro lado, por lo que hace al plano institucional, la declaración de la situación de crisis implica, según la experiencia conocida, una gubernamentalización del sistema institucional (2), pues después de todo gobernar supone afrontar de modo inmediato y decisivo los problemas de la comunidad en toda circunstancia, pero sin olvidar la indudable condición parlamentaria de las democracias. Así en nuestro sistema, descompensado, como se sabe, el Congreso autoriza la prórroga del estado de alarma, autoriza y fija sus términos en la declaración del estado de excepción a cargo del Gobierno, y adopta la declaración del estado de sitio, ahora por mayoría absoluta. La alteración del funcionamiento institucional del Estado no implica la ausencia de responsabilidad política de las autoridades ni su exención jurídica, sin que pueda aceptarse en el Estado constitucional una *Bill of indemnity* que asegure inmunidad alguna a los poderes públicos por su actuación durante el período excepcional. En España, las declaraciones de los estados como actos del Estado con fuerza de ley son controlables por el Tribunal Constitucional (art. 27 LOTC). Por su parte, el artículo 169 de la CE establece que no podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados de crisis que hemos contemplado. «La atención a los criterios de interpretación del derecho de crisis» ha de contar con que éste, y en parte por la incertidumbre de las situaciones a afrontar, y como consecuencia de la necesidad de que el Gobierno disponga de la oportuna flexibilidad, se caracterizará por la indeterminación de la regulación al efecto. El Ejecutivo encontrará en la ley un marco más habilitador que referencial, de modo que sus manos no han de encontrarse atadas por el principio de legalidad, entendido de modo rígido. Las normas de la

(2) La declaración de cualquiera de los estados de emergencia conlleva inexorablemente “una potenciación de las potestades públicas” (STC 14 de julio 2021).

excepción emplearán posiblemente cláusulas generales, esto es, conceptos jurídicos indeterminados, o incluirán enumeraciones abiertas, y recurrirán a fórmulas de habilitación universal. De otro lado, como ya insinuábamos arriba, aunque el derecho de crisis se trate de un derecho sobre situaciones odiosas, a contemplar de modo restrictivo, también se refiere a una materia de natural dinámica que debe dejar un cierto margen de discrecionalidad en su entendimiento, de modo que no podamos pensar que lo no previsto está prohibido.

En la interpretación del derecho de la crisis juega un papel importante «el principio de proporcionalidad». El hecho de que el mismo no tenga constancia constitucional explícita debe mover a su utilización prudente, ya se emplee por la autoridad gubernativa o el juez en su función de control. No estamos ante una cláusula de apoderamiento extra competencial para el Gobierno ni se trata de un instrumento para que los tribunales disimuladamente excedan las limitaciones técnicas de intervención. Para la Administración el principio de proporcionalidad opera como un límite cuando la ley no prevé su actuación en detalle sino solo la habilita. Su actuación restrictiva debe ser necesaria constitucionalmente hablando; adecuada, de modo que exista congruencia entre la finalidad de la restricción y la regulación establecida; y, por último, ha de consistir en una intervención mínima que no ponga en peligro la adecuación e idoneidad, así como la necesidad o justificación de la medida.

La significación de este principio es diferente, decíamos, según hablemos del Ejecutivo o de los jueces y tribunales. En el primer caso la proporcionalidad debe ser compatible con la discrecionalidad, a la que limitaría en caso de abuso o supuestos de arbitrariedad manifiestos. En cambio, la construcción de este principio como parámetro de control a ejercer por parte de jueces y tribunales (incluido el TC) ha de ser exclusivamente técnica, evitando que su empleo suponga la sustitución del criterio de oportunidad del Gobierno por el del juez.

II. EL MARCO NORMATIVO DE LOS ESTADOS DE CRISIS Y LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA

Como sabemos el «Estado de alarma» es una de las situaciones de crisis constitucional que contempla nuestra Norma Fundamental. La regulación constitucional es, ya lo hemos dicho, más bien parca, y el entendimiento de tal figura debe hacerse considerando además del artículo 116 CE, por defecto, el artículo 55 CE que especifica los derechos suspendibles durante los estados de excepción y sitio. La Constitución se remite a una ley reguladora de los estados excepcionales que se aprobó efectivamente en su momento (LO 4/1981, de 1 de junio de los Estados de alarma, excepción y sitio LOAES).

La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de alarma, excepción y sitio (LOAES) lleva a cabo el desarrollo normativo contemplado en el artículo 116 CE. En el Primer Capítulo de la ley, que precede a la regulación de cada uno de los estados de emergencia constitucionales, se recogen disposiciones comunes a los tres estados. Así, en dicha sede se contiene una definición genérica de las situaciones que puedan dar lugar a la declaración de cualquiera de ellos, disponiendo al respecto que la misma procederá «cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los

poderes ordinarios de las Autoridades competentes» (art. 1.1). Y se proclaman una serie de principios que regirán en todas las situaciones de crisis. Son los de necesidad y proporcionalidad (art. 1.2), pues las medidas deben ser las estrictamente necesarias y proporcionales; temporalidad (art. 1.3), pues el derecho de excepción deja de ser aplicable transcurrido el plazo de su duración; vigencia inmediata, que se produce en el mismo momento de su aparición en el BOE; publicidad (art. 2), pues su difusión es obligatoria por todos los medios; y responsabilidad, pues no se exime del mismo a las situaciones de excepción, controles judiciales e indemnización (art. 3.2) (3).

Por lo que hace al «Estado de alarma», como primera situación de crisis a la que se refiere el artículo 116 de la Constitución, procede su declaración en los casos de alteración grave de la normalidad, hablemos de catástrofes naturales, crisis sanitarias o situaciones en las que cualquiera que sea la causa, por ejemplo una conflictividad social extremada, se produzca el desabastecimiento o una paralización de los servicios esenciales. «Los supuestos» no están claramente determinados en la ley, pero manifiestamente la situación de emergencia no tiene una raíz política o constitucional sino que más bien es causada por una grave crisis natural, sanitaria o social, que ha de ser afrontada inmediatamente. La intervención del Gobierno procediendo a la declaración del estado de alarma, depende de la gravedad de la crisis, que es función de la entidad del peligro («la alteración grave de la normalidad»), de la dimensión territorial del mismo, así como de los instrumentos o medios disponibles, manifiestamente superiores si quien interviene es el Gobierno de la Nación. No es preciso anudar la intervención del Gobierno a un título competencial específico (a un poder en la crisis), sino a su función constitucional de dirigir la política del Estado, que comprende obviamente su respuesta a las situaciones de peligro para los fundamentos de la vida política y social de todos. El juicio sobre la concurrencia de los supuestos fundamentales para la declaración del estado de alarma en el sistema constitucional corresponde hacerlo al Gobierno, que se encuentra obligado a los procedimientos establecidos de la declaración, pero que fuera de una interpretación de sus facultades manifiestamente abusiva y que resultase obviamente desproporcionada, dispone de un margen de discrecionalidad correspondiente a la actividad política sobre cuya pertinencia vela quien ejerce el control parlamentario y que tendrá lugar específicamente si se solicitase la prórroga, y sin demérito de la obligación de comunicación al Congreso de la información pertinente, sea o no solicitada, según se establece en el Reglamento del Congreso. En cuanto al control jurisdiccional de la existencia de tales presupuestos habilitantes quien ha de actuar es el Tribunal Constitucional, operando según criterios estrictamente técnicos tal como apuntábamos antes. «Las medidas» a adoptar (art. 11 LOAES) pueden consistir en limitaciones a la libre circulación o permanencia en horas y lugares determinados (sin llegar al toque de queda), las requisas temporales de bienes, la imposición momentánea de prestaciones personales, la ocupación transitoria de locales (con excepción de los domicilios privados), la limitación de servicios o el racionamiento de consumo de artículos de primera necesidad o la facultad de impartir órdenes para asegurar el abastecimiento de mercados o la reanudación de los servicios esenciales.

(3) ARROYO, A., «La naturaleza del estado de alarma y su presupuesto habilitante», en Garrido López (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Col. Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.

III. LA CORRECCIÓN DE LA PRIMERA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA NACIONAL DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS DERECHOS

A la vista de este panorama normativo, hemos de enjuiciar «la corrección» de la primera Declaración del Estado de alarma (Real Decreto 463 de 14 de marzo de 2020, según las previsiones de la Ley de LO 4/1981, LOAES), que contempla expresamente el supuesto de una crisis sanitaria por epidemia, aunque ciertamente en términos bien elementales, pues la preocupación preferente del legislador parece ser la económica ya que lo que se tiene en mente es antes que nada una crisis de abastecimiento o de peligro para la satisfacción de los servicios esenciales de la comunidad. En términos generales la distinción entre «los supuestos de la crisis de orden público», que habilitaría la declaración del estado de excepción, y «una de naturaleza social o sanitaria», abordable mediante la declaración del estado de alarma, plantea problemas y no podemos ignorar que una situación de peligrosidad en el terreno sanitario puede abocar a una crisis de orden público o constitucional. De otro lado, como se sabe, el Tribunal Constitucional ha hecho, podríamos decir, una lectura social del orden público, al entender que el mismo debe incluir la garantía de los servicios esenciales de la comunidad. Por tanto cabe afirmar que la garantía de los servicios públicos esenciales es un integrante necesario de la situación de quiebra constitucional, tratándose de una condición o supuesto previstos tanto en la declaración del estado de alarma como también en la del estado de excepción. Pero nuestro juicio acerca de la corrección de la declaración del primer Estado de alarma tiene que ver con la convicción de que las medidas adoptadas son limitaciones de derechos y no suspensiones, lo cual es obvio especialmente en las últimas prórrogas, y admitiendo que la diferencia entre estas dos figuras puede no ser sencilla. Tanto la suspensión como la limitación son restricciones lícitas de los derechos, con justificación constitucional en razón de las exigencias de compatibilidad con derechos o bienes jurídicos, por tanto, no son vulneraciones o quebrantamientos; además se trata de alteraciones constitucionales provisionales, y no cambios definitivos de la Norma Fundamental. «La suspensión» supone la privación temporal del ejercicio del derecho; no desde luego su pérdida, que tampoco tiene lugar cuando estamos ante la suspensión individualizada en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. Diríamos que «la limitación» es una restricción no esencial de las facultades que comprende el derecho, de manera que su disposición no sea meramente nominal o supuesta; prohíbe, entonces, someter el derecho a tantas cautelas que lo hagan inservible. En cualquier caso es obvio que el legislador debe tener en cuenta que no puede autorizar en la declaración del estado de alarma actuaciones que percutan gravemente en el derecho, dejándolo reducido a mero nombre o apariencia, en realidad inservible para su ejercicio, pues este tipo de afectación, llamémosla esencial, del derecho, no está disponible para quien, como ocurre en el caso del estado de alarma, posee solo una habilitación para proceder a su restricción, y que no puede ni siquiera suspenderlo. Como ha afirmado categóricamente el Tribunal Constitucional: «A diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE *contrario sensu*), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitacio-

nes o restricciones a su ejercicio». La cuestión se presenta con diferente pertinencia, en todo caso, en los distintos supuestos previstos en la Declaración del Estado de alarma, especialmente en el caso de los confinamientos individuales o perimetrales. Las medidas acordadas en el artículo 7 del Decreto prohibiendo circular (o salir fuera, a la calle) salvo para adquirir alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad; acudir a centros de salud; ir al trabajo; cuidado de mayores, niños y personas dependientes; ir a entidades financieras y de seguros; o por causa de fuerza mayor o situación de necesidad u otra actividad de naturaleza análoga; pudiendo acordarse el cierre a la circulación de carreteras o tramos de ellas), a pesar de acercarse a las previstas en el caso de Estado de excepción, LOAES artículo 20 (donde se contempla la prohibición de circulación de personas y vehículos en las horas y lugares que se determinen) puede interpretarse antes como una restricción que como una suspensión de los derechos (4). Como se ha afirmado, argumentadamente, en una Resolución reciente del Defensor del Pueblo de 3 de septiembre de 2020 «el confinamiento, masivo, largo en el tiempo, constituye, por su propia naturaleza, una severa restricción de lo que pueden hacer las personas en su vida cotidiana. Y afecta, como no podía ser de otra manera, al ejercicio de los derechos fundamentales. Pero en modo alguno significa o significó durante el estado de alarma, la suspensión de los mismos» (5). Menos dudas plantea la corrección de la calificación como limitación y no suspensión de las medidas que pudiesen afectar al ejercicio de la libertad de reunión, libertad de empresa o libertad religiosa, implicadas por el confinamiento (art. 7 a que nos acabamos de referir) o las que se adoptan en el artículo 10 (medidas de contención en el ámbito de la actividad comercial, equipamientos culturales, establecimientos y actividades recreativas, actividades de hostelería y restauración, y otras adicionales) y artículo 11 del referido Decreto, respecto a las medidas de contención y en relación con los lugares de culto y con las ceremonias civiles y religiosas.

«La naturaleza jurídica», los efectos normativos, así como determinados aspectos procedimentales y el control jurisdiccional de la declaración quedan aclarados por el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 2016, o el Auto de 2012, cuya

(4) PRESNO, M. A., *Verfassungs Blog*, 13 de mayo 2020. Las afirmaciones contenidas en los párrafos anteriores deben ser matizadas o corregidas a la luz de lo establecido en la Sentencia de 14 de julio de 2021, en la que el Tribunal Constitucional se propone superar la visión estática o genética del Derecho de crisis y sustituirla por una idea evolutiva e integrada del mismo, lo que a efectos de distinguir entre el estado de alarma y el de excepción le lleva a subrayar la importancia superior de los efectos sobre las causas, partiendo de la base de que los dos estados de crisis pueden estar próximos, sobre todo si se fija la atención en la idea de orden público, que es una categoría que debe contemplarse tanto desde un punto de vista tanto social como político.

Respecto de los conceptos de limitación y suspensión, refiriéndose a las medidas correspondientes que podrían tomarse en uno u otro de los estados de la crisis, se adopta un prisma cuantitativo. La suspensión es la cesación o privación temporal del ejercicio del derecho, caracterizada por su intensidad y generalidad. Refiriéndonos al caso de la libertad deambulatoria (confinamientos domiciliarios principalmente) para el TC no cabe duda de que su afectación en la declaración del estado de alarma determina que estemos ante una suspensión de tal derecho (art. 19 CE) y no ante su restricción o simple limitación. Por ello, sin poner en cuestión la legitimidad de la Declaración de estado de alarma, el Tribunal anula la restricción a que en esta se procede de la libertad de movimientos y de circulación establecida en unos términos impropios del estado de alarma. En efecto, al constituir una verdadera suspensión la medida restrictiva esencial no encuentra cobertura en este estado de crisis, por corresponder su adopción al estado de excepción, y debe declararse inconstitucional y nula.

(5) Oficina Defensor del Pueblo, 3 de septiembre 2020.

doctrina, como sabemos, queda incorporada a la misma. Según el Tribunal Constitucional, aunque necesariamente formalizada mediante decreto del Consejo de ministros, la decisión que declara el Estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. «Desplaza» durante el Estado de alarma la legalidad ordinaria en vigor, en la medida en que viene a excepcionar, modificar o condicionar durante ese periodo la aplicabilidad de determinadas normas, entre las que pueden resultar afectadas leyes, normas o disposiciones con rango de ley. Tiene, por tanto, un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables. La declaración del Estado de alarma es una decisión del Gobierno como órgano del Estado constitucional al que le corresponde ex artículo 97 CE la dirección política del Estado, y no en cuanto órgano superior de la Administración. La decisión gubernamental por la que se declara el Estado de alarma, además de constatar la existencia de los presupuestos habilitantes, tiene carácter normativo, en cuanto establece el concreto estatuto jurídico de la situación de crisis que se declara. En otras palabras, dice el Tribunal, dispone la legalidad aplicable durante su vigencia, constituyendo también fuente de habilitación de disposiciones y actos administrativos.

El Gobierno está obligado a dar cuenta de la declaración al Congreso, reunido inmediatamente al efecto, suministrándole la información que le sea requerida. «Esta dación de cuentas »no altera el carácter exclusivo de la competencia gubernamental: se trata de un mecanismo de información, que, en el marco de la relación fiduciaria entre el Gobierno y el Congreso, facilita el control político del Gobierno. A estos efectos el Reglamento del Congreso prevé la remisión de la documentación gubernamental a la comisión correspondiente que puede solicitar nueva información al Gobierno o someter el asunto al pleno o, en su caso, a la diputación permanente. Nótese que la intervención que le toca a la Cámara es a posteriori, una vez se ha producido la declaración de la alarma, y de naturaleza estrictamente política, de modo que el Gobierno no queda vinculado jurídicamente por las decisiones parlamentarias que se pudieran adoptar, ni condiciona ni altera el contenido del decreto por el que se ha llevado a cabo la declaración del estado de alarma. «La prórroga» del Estado de alarma necesita la autorización expresa del Congreso de los Diputados. La tramitación de esta solicitud de autorización de acuerdo con su regulación en el Reglamento del Congreso permite la presentación por parte de los grupos parlamentarios de enmiendas sobre el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga. Finalizado el debate se procede a la votación de las solicitudes y las propuestas presentadas, trasladándose al Gobierno la decisión que se adopte. Quiere esto decir entonces que en la prórroga del Estado de alarma la intervención del Congreso se configura como una autorización que determina sobre la procedencia de la prórroga y los términos efectivos de esta, fijando por tanto el contenido material del decreto que emitirá el Gobierno sobre la prórroga del Estado de alarma. Como a la decisión de la autorización parlamentaria le corresponde la condición de decisión con rango o valor de ley (ATC 7/2012, FJ 4), idéntica condición tiene, pese a la forma que reviste, la decisión gubernamental de prórroga, que meramente se limita a formalizar y exteriorizar el acto parlamentario de autorización.

En lo que hace «al control jurisdiccional» de la declaración del Estado de alarma o su prórroga en cuanto actos del Estado con fuerza de ley, los mismos, de acuerdo con la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, com-

peten exclusivamente al Tribunal Constitucional [arts. 161 y 163 CE, LOTC art. 27.2.b)]. Claro que este control no excluye que los actos y disposiciones que puedan dictarse en su aplicación quepan impugnarse ante la jurisdicción ordinaria en cada caso competente (art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981) y que los órganos judiciales puedan, al enjuiciarlos, promover cuestión de inconstitucionalidad contra los actos, decisiones o resoluciones con valor de ley de los que son aplicación, cuando consideren que puedan ser contrarios a la Constitución (ATC 7/2012, FJ 3). Asimismo, «las personas afectadas» podrán interponer recurso de amparo constitucional, previo agotamiento de la vía judicial ordinaria, contra los actos y disposiciones dictados consecuencia de aquellos Reales Decretos cuando los estimen lesivos de derechos fundamentales o libertades públicas susceptibles de protección a través de este proceso constitucional, facultad que le confiere el artículo 55.2 LOTC.

IV. LA CORRECCIÓN DE LA PRIMERA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA NACIONAL DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA CENTRALIZACIÓN QUE HACE POSIBLE

Pero la justificación del Estado de alarma no deriva solo de la limitación de los derechos fundamentales que hace posible durante la pandemia, sino de la centralización que permite llevar a efecto. Se trata de una problemática de enorme interés, pero que apenas estaba planteada en el derecho de crisis que data, como se sabe, de 1981, momento en el que la descentralización apenas había dado comienzo. El caso es que la perspectiva territorial se hace evidente desde una simple ojeada al Real Decreto 463 de 14 de marzo de 2020, en cuyo preámbulo se deja constancia de la necesidad de intensificar las medidas extraordinarias que ya se han adoptado «por todos los niveles de gobierno» para prevenir y contener el virus y mitigar el impacto sanitario social y económico.

La dimensión de la crisis sanitaria que padecemos justificaba, entonces, su abordamiento por el Gobierno, de modo que se cubriese una actuación pública general y eficaz y a la vez suficiente en todo el territorio nacional. Es la declaración del Estado de alarma lo que permite una centralización de las competencias sobre sanidad correspondiente a la gravedad de la situación, como crisis sanitaria aguda; nivel territorial del peligro, que afecta a toda la comunidad nacional; y la disposición del mayor caudal de medios propios del Gobierno de la Nación, con capacidad de actuación en el nivel interno e internacional. La centralización busca la unidad tanto de decisión política como de gestión administrativa «que haga lo más eficaz y coordinadamente posible la lucha contra la crisis» (6). A tal efecto el artículo 4 del Real Decreto dispone que «la autoridad competente», según la previsión del artículo 7 de la LOES es el Gobierno de la Nación, siendo autoridades competentes delegadas, bajo la superior dirección del Presidente del Gobierno, los titulares de las carteras de defensa, interior, transportes y sanidad. El ministro de sanidad, en posición prevalente, asume una competencia

(6) ÁLVAREZ GARCÍA, V., «El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria», *El Cronista del Estado Social y Democrático*, núm. 86-87, marzo-abril 2020, pp. 22 y ss, p. 16.

general. Las autoridades delegadas quedan habilitadas para dictar disposiciones o resoluciones necesarias «para garantizar la prestación de todos los servicios, ordinarios o extraordinarios, en orden a la protección de personas, bienes y lugares».(art. 4). El artículo 5 del Real Decreto de Declaración del Estado de Alarma impone la colaboración con las autoridades competentes delegadas a los integrantes de las fuerzas de seguridad del Estado y de las policías autonómicas y locales, así como a los servicios de protección civil y a los sujetos incluidos en el ámbito de la seguridad privada. Pudiéndose requerir para el eficaz cumplimiento de las medidas, la actuación de las fuerzas armadas, de conformidad con lo previsto en la Ley de Defensa Nacional (7). Como ya se ha apuntado la declaración del Estado de alarma supone «el desplazamiento del derecho autonómico», consecuencia de la centralización y la subordinación de las autoridades autonómicas. El Derecho autonómico, no importa su rango, queda desplazado como consecuencia de la declaración y no por la operación de la cláusula de prevalencia: «no estamos ante un conflicto competencial». Esta capacidad desplazatoria se refiere no solo al Decreto, sino también a las órdenes dictadas en su ejecución durante el tiempo del estado de alarma.

Obviamente esta situación contrasta con la que se presenta en los tiempos ordinarios (anteriores y posteriores a la Declaración y que vale, también, para lo que se constituirá como periodo de interregno entre los estados de excepción) en donde, conforme al diseño constitucional, la materia sanitaria está compartida entre el Estado central, al que le corresponde fijar las bases y la coordinación y las Comunidades autónomas con sus atribuciones estatutarias correspondientes. Ciertamente este no es el lugar para detallar el «panorama competencial» en tiempos ordinarios. Bastará señalar que el Estado dispone, si se entiende correctamente la idea de la normación básica, con instrumentos suficientes, más allá de la connotación principal de la figura empleada, para asegurar una regulación homogénea en todo el ordenamiento; y que la idea de coordinación hace referencia a un tipo de colaboración en la que el Estado asume una función de preeminencia. Es importante saber, asimismo, que el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud es un organismo administrativo de colaboración del Gobierno, pero que no puede sustituirle ni anticipar necesariamente sus decisiones. Por lo que hace a las Comunidades Autónomas, estas en el marco de sus atribuciones estatutarias, ejercieron sus competencias en sanidad, de acuerdo con el derecho sectorial sanitario. Así se adoptan medidas que implican una intrusión en algún derecho fundamental. Se trata de decretos, órdenes y puesta en marcha de sus planes de emergencia. Así se acuerdan: cierres perimetrales (Cataluña, Murcia, Extremadura, Andalucía); limitación de reuniones, con reducción de su aforo; restricciones en la frecuencia y ocupación de los transportes públicos; cierre de establecimientos públicos (8). «El derecho sectorial» que se invoca es especialmente la Ley Orgánica de Medidas Especiales en materia de Salud Pública (LO 3/1986). Se trata de una Ley muy abierta que habilita a todas las Administraciones Públicas a tomar

(7) La asunción de capacidades exorbitantes por parte de las autoridades delegadas no puede hacer olvidar que, según el artículo 6 del Decreto de la Declaración del Estado de Alarma, la Administración, sea cual fuese su nivel, conservará las competencias que le otorga la legislación en la gestión ordinaria de sus servicios en el marco de las órdenes directas de la autoridad competente a los efectos del estado de alarma.

(8) NOGUEIRA, A., «Confinar el coronavirus. Entre el viejo derecho sectorial y el Derecho de excepción», *El Cronista del Estado Social y Democrático*, núm. 86-87, 2020, p. 22 ss.

medidas invasivas de los derechos –así imponer cuarentenas y tratamientos–, que puede entenderse relacionada con la legislación infecciosa prevista en la LOAES.

Estamos ante decisiones que en buena parte coinciden con las tomadas en el decreto de Declaración del Estado de Alarma, aunque se trata de «medidas particulares en su ámbito personal y territorial», en principio, por tanto, no indiscriminadas y generales. Estas medidas deben ser objeto, según el artículo 8 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de ratificación judicial, si implican privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental. Si bien la modificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 28 de septiembre de 2020 estipula la ratificación judicial de supuestos de restricciones de los derechos fundamentales que ya no están contemplados personalmente. En efecto, dicha reforma extiende la autorización judicial a casos en los que los destinatarios de las restricciones de los derechos «no están identificados individualmente».

V. LA DECLARACIÓN DEL SEGUNDO ESTADO DE ALARMA NACIONAL

Debido a la persistencia de la pandemia y también, y quizás especialmente, a causa «de la inseguridad jurídica» que se derivaba del hecho de que las medidas restrictivas de los derechos fundamentales no eran respaldadas uniformemente por todos los Tribunales Superiores de Justicia, tuvo lugar la Declaración de un Segundo Estado de alarma el 25 de octubre de 2020(9). Sin embargo, «las diferencias» entre el Viejo y el Nuevo Decreto de alarma eran notables. En primer lugar, el nuevo Decreto, frente al anterior es descentralizador y se abre al protagonismo de las Comunidades en la pandemia en el escenario de la llamada «cogobernanza». Ello no tiene nada de extraño, considerando las competencias autonómicas en la materia sanitaria, aunque surja la duda sobre la capacidad del Estado para llevar a efecto la coordinación en este ámbito. En segundo término, el nuevo Decreto contempla un modo de colaboración entre el derecho general y el autonómico, que podemos llamar de círculos concéntricos, y que no sigue la pauta básica que atribuye al Estado la fijación de los principios o criterios fundamentales. El derecho del Estado ya no es una norma inspiradora y regula el centro de la materia, hablemos de la libertad de movimientos o del derecho de reunión. En tercer lugar, los destinatarios del Decreto son, como hemos dicho, las Comunidades Autónomas, pero también los ciudadanos, que quedarían sujetos a los dos órdenes normativos, teniendo en cuenta que, para la clarificación del derecho autonómico, es indispensable el conocimiento del derecho estatal, pues, como sabemos, aquel tiene sentido en los márgenes o como complemento de este. Debe subrayarse, en cuarto lugar, «la sumariedad» de la regulación, que escasamente se atiene a las exigencias del Tribunal Constitucional o la Comisión de Venecia en relación con los estándares de la limitación de derechos o respecto de la legislación excepcional. Tanto las medidas limitadoras a adoptar por las Comunidades Autónomas, muy vagas, como la habilitación que se hace al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud para que ejerza sus funciones de coordinación, prácticamente en blanco, se esta-

(9) No reparamos entonces en el RD 900/2020, de 9 de octubre, que declaraba el Estado de alarma para la Comunidad de Madrid.

blecen sin cautela o condicionamiento alguno. Pero, por último y, sobre todo, en quinto lugar, los términos en que se prevé el engarce entre el derecho estatal y el autonómico no es muy convincente. Lo que se contempla en el Decreto es una actuación delegada por parte del Presidente del Gobierno en los gobiernos autonómicos, con una habilitación prácticamente en blanco, pues estos tienen un amplio margen discrecional, aunque sea con un carácter cumplimentador, que se lleva efecto sin guías y con dos vías de control peculiares: una preventiva, consistente en un simple deber de información por parte de las autoridades delegadas de las medidas limitadoras al Ministerio de Sanidad; y un control a posteriori parlamentario, imponiéndose al Ministro de Sanidad, en caso de prórroga, la comparecencia quincenal ante la Comisión de Sanidad y Consumo del Congreso de los Diputados para dar cuenta de la aplicación de las medidas previstas en el Decreto. Quedando para los parlamentos autonómicos el control del desarrollo normativo del Decreto de alarma a cargo de los gobiernos respectivos, según lo previsto en el nivel estatutario, reglamentario o legal.

La verificación del control, desde luego, no queda facilitada por la larga duración de la prórroga establecida que manifiestamente infringe el principio de proporcionalidad, a que por exigencias de la propia LOES queda obligados tanto el Gobierno que solicita la prórroga como el Congreso que la otorga. Resulta asimismo abusiva la previsión de la Disposición final del Decreto que consiente su modificación, aunque comunicada, al Congreso, amparándose indebidamente en la LAOES (10). El artículo octavo dos de la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio, como es sabido, no cubre propiamente la modificación de la declaración del estado de alarma, pues prevé más bien su desarrollo por esta vía reglamentaria, no su rectificación o ampliación (11).

VI. CONCLUSIÓN

Ante esta situación con toda pertinencia se ha suscitado la «conveniencia de una Ley», más allá de la Ley de medidas especiales que satisficiera los estándares de seguridad jurídica, en punto a la densidad y el rango, que exige nuestro Tribunal Constitucional en relación con las normas que estipulen restricciones de los derechos fundamentales. Sin duda las limitaciones de los derechos fundamentales de entidad, entre las que caen los cierres perimetrales y todavía más los confinamientos domiciliarios no totales, deben autorizarse por ley orgánica, y establecerse claramente los casos y vías en que dichas restricciones procedan (12).

(10) Disposición final primera del Decreto de Alarma 926/2020 de 25 de octubre: «Durante la vigencia del Estado de alarma declarado por este Real Decreto, el Gobierno podrá dictar sucesivos decretos que modifiquen lo establecido en este, de los cuáles habrá de dar cuenta al Congreso de los diputados, de acuerdo con lo previsto en el artículo octavo dos de la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio».

(11) Artículo 8.2 LOAES: «El Gobierno también dará cuenta al Congreso de los diputados de los decretos que dicte durante la vigencia del Estado de alarma en relación con este».

(12) En esta línea véase el Consejo de Estado, en su Dictamen 213/2021 en el que afirma que el contenido de la Ley de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública «podría estar necesitado de una adecuación legislativa que le aporte mayor detalle y concreción, en orden a proporcionar a las

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, V., «El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria», *El Cronista del Estado Social y Democrático*, núm. 86-87, marzo-abril 2020.
- ARAGÓN, M., «COVID-19: aproximación constitucional a una crisis», *Revista general de Derecho Constitucional*, núm. 32, Madrid, 2020.
- ARROYO, A., «La naturaleza del estado de alarma y su presupuesto de hecho habilitante», en prensa.
- CRUZ VILLALÓN, P., «El nuevo derecho de excepción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1981.
- GARCÍA PELAYO, M., «Derecho Constitucional Comparado», *Revista de Occidente*. Madrid, 1964.
- GARRIDO, C., «La naturaleza bifronte del estado de alarma y el dilema limitación-suspensión de derechos», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 46, 2020
- NOGUEIRA LÓPEZ, A., «Confinar el coronavirus. Entre el viejo derecho sectorial y el Derecho de excepción», *El Cronista del Estado Social y Democrático*, núm. 86-87, marzo-abril 2020.
- PRESNO, M. A., *Verfassungs Blog*, 13 de mayo de 2020.
- SOLOZÁBAL, J. J., «Derecho Constitucional. Derechos y libertades», Ediciones CEF, Madrid, 2010.
- «El derecho constitucional a la salud en el Estado autonómico», ahora en *Pensamiento federal y otros estudios autonómicos*, Iustel, Madrid, 2019.
- «Derechos fundamentales y forma política», CEPC, 2020.
- VELASCO, F., «Estado de alarma y distribución territorial del poder», en *El Cronista del Estado Social y Democrático*, núm. 86-87, marzo-abril 2020.

autoridades sanitarias competentes el mejor marco jurídico posible para afrontar las situaciones presentes y futuras de riesgo grave para la salud pública».

LA FORMACIÓN HISTÓRICA DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

Marta María LORENTE SARIÑENA*

Antonio Manuel LUQUE REINA**

Resumen

La presente contribución tiene como objetivo justificar la localización del más remoto precedente de nuestro actual derecho de excepción, entendiéndolo por tal la constitucionalización del sistema de defensa del Estado realizada por la primera norma de 1869. Para ello se extiende en la historia constitucional precedente al hilo del análisis de las muchas vidas de la Ley de 17 de abril de 1821, una norma que, aprobada en las Cortes del Trienio, fungió como Ley de Orden Público hasta 1870; aportando además una valoración crítica del sistema creado por el primer constitucionalismo del Sexenio.

Palabras clave

Orden público, epidemia, Sistema de doble ley, constitucionalización de la excepción, historia del constitucionalismo.

Abstract

The aim of this paper is to justify the identification of the most remote precedent of our current law of exception, understood as the constitutionalisation of the mechanism for the protection of the State carried out by the Magna Carta of 1869. In order to do so, it draws from the preceding constitutional history by analysing the many lives of the Law of 17 April 1821, a regulation which was passed by the Cortes of the Trienio and served as the Law of Public Order until 1870; it also provides a critical assessment of the system created by the first constitutionalism of the Sexenio.

* Catedrática de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad Autónoma de Madrid; marta.lorente@uam.es.

** Profesor ayudante de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad Autónoma de Madrid; antonio.luque@uam.es.

Keywords

Public Order, Act of Indemnity, epidemic, constitutionalisation of the State defense system, constitutional history

SUMARIO: I. Planteamiento. II. Del «España con honra» a la fiebre amarilla. Vida y milagros de la(s) Ley(es) de 17 de abril de 1821. III. Las líneas maestras de la «constitucionalización» del estado de excepción (1869-1870). IV. Recapitulación. V. Bibliografía. VI. Fuentes documentales y archivísticas.

I. PLANTEAMIENTO

A la hora de hacer historia del estado de excepción los hay que remiten a normativa premoderna. Por lo que se refiere a la Monarquía española en concreto, algunos buscadores de orígenes remiten a la Pragmática de Carlos III que prescribió «el orden con que se ha de proceder contra los que causen bullicios, o conmociones populares» (17 de abril de 1774), contemplándola como el precedente más remoto de los estados excepcionales (1). Esta suerte de convención historiográfica se forjó en el siglo XIX (2), y, reproducida una y otra vez desde entonces (3), amenaza con seguir fomentando la construcción de anacronismos sobre lo que, desde ahora, denominaremos derecho de excepción.

Y es que la famosa Pragmática no fue ni la primera ni la única en su género: así, por ejemplo, son 145 las disposiciones consideradas de interés para la historia del orden público por el (utilísimo) portal que recoge una simple muestra de la «Legislación Histórica Española» (4). Sin embargo, no es la escasez de fuentes sino su adecuación al tema que nos ocupa lo que constituye el núcleo principal de la crítica al uso de la Pragmática de 1774 a la hora de fechar los orígenes de los estados de excepción. En efecto, constituyen legión los especialistas que advierten respecto del abismo que nos separa de la comprensión premoderna de lo que por sintetizar denominaremos «orden público», toda vez que este último solo se entiende inserto conceptualmente en el marco de la más que dificultosa incorpo-

(1) *Novísima Recopilación de las leyes de España*, Tomo V, Libro XII, Título XI, Ley V (2.^a Edición Facsímil, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 1992), pp. 339-341 (disponible también en red en: <http://www.mcu.es/archivos/lhe/servlets/VisorServlet.jsp?cod=032487>).

(2) Así, por ejemplo, el académico de la historia Antonio Ferrer del Río (Madrid, 1814-El Molar, 1872) afirmó en 1856 que la Pragmática fue la primera ley de orden público «según el lenguaje de ahora» (BALLBÉ, M., *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza, Madrid, 1983, p. 26).

(3) Un ejemplo a mitad de camino en FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El estado de excepción en el derecho constitucional español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 74.

(4) Cfr. <http://www.mcu.es/archivos/lhe/>.

ración de la «ciencia de la policía» a la cultura jurisdiccional propia de la Monarquía de España (5).

Como quiera que este no es el lugar adecuado para entrar a analizar esta compleja como debatida cuestión (6), nos limitaremos a documentar el significado pretérito del término «policía» remitiendo a un simple ejemplo. El *Diccionario de Autoridades* (1726-1739) entendió por policía no solo «la buena orden que se observa y guarda en las Ciudades y Repúblicas», sino también «la cortesía, buena crianza y urbanidad, en el trato y costumbres» e, incluso, «el aseo, limpieza, curiosidad y pulidez» (7). Que esta comprensión se mantuvo más allá de la fecha de la Pragmática se comprueba en la famosa *Idea general de la policía*, con la que su autor, Tomás de Valeriola, pretendió contribuir a la ilustración del país dando cuenta de las «materias pertenecientes al ramo de la policía» (8). Sin embargo, las dos primeras no fueron precisamente los bullicios y conmociones públicas a los que se refería la Pragmática carolina, sino por el contrario «las blasfemias y juramentos» y «los mágicos, hechiceros y adivinos» (9), lo que si algo pone de relieve es que nunca se insistirá bastante en que el pasado «es un país muy extraño» (10).

Hay, pues, que recorrer un largo camino antes de ver reducido el campo semántico del término policía y autonomizado el correspondiente al orden público desde 1810/1812 en adelante (11), un camino que corre en paralelo con el propio de la fijación de los derechos individuales como presupuesto del orden constitucional. Vistas así las cosas, cabe sugerir que despejar las incógnitas sobre el cómo, cuándo y porqué se construyeron los significados de los términos utilizados por la Ley de Orden Público de 1870 constituye más el punto de llegada que el de partida de una investigación sobre el derecho de excepción. Esta lectura de orígenes no tiene nada de novedosa, toda vez que ya se ha dicho que en la medida en la que correspondió a las primeras constituyentes del Sexenio «el mérito de haber ordenado nuestro derecho de excepción», la Ley de Orden Público de 1870 constituye el verdadero precedente de nuestro actual derecho de excepción.

(5) GODICHEAU, F., «Orígenes del concepto orden público en España», *Ariadna histórica. Lengüajes, conceptos, metáforas*, núm. 2, 2013, pp. 107-130. Sobre la cultura jurisdiccional, *vid.* la magnífica síntesis de GARRIGA, C., «Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen», *Istor. Revista de historia internacional*, núm. 16, 2004, pp. 13-44.

(6) Una cuestión que se ha convertido en un tema estrella para las ciencias sociales. Un conocido ejemplo en FOUCAULT, M., «La gubernamentalidad», AA. VV., *Espacios de poder*, La Piqueta, Madrid, 1991, pp. 9-26.

(7) Voz «Policía», en *Diccionario de Autoridades*; disponible en red: <https://webfzl.rae.es/DA.html>.

(8) *Vid.* la «Carta de D. Tomás Valeriola remitiendo a la Sociedad la obra titulada *Idea General de la Policía*» de 1799 (Real Sociedad Económica de Amigos del País de Valencia, Caja 29, legajo IV, signatura 4; disponible en red en el repositorio institucional de la Universidad Politécnica de Valencia: <http://hdl.handle.net/10251/19388>).

(9) VALERIOLA, T., *Idea general de la policía o Tratado de policía sacado de los mejores autores que han escrito sobre este objeto*, Valencia, 1800 (disponible en <https://bivaldi.gva.es/es/consulta/registro.cmd?id=1763>).

(10) LOWENTHAL, D., *El pasado es un país extraño*, Akal Universitaria, Madrid, 1998.

(11) FUENTES, J. F., «Policía», Fernández Sebastián, J., y Fuentes, J. F. (dirs.), *Diccionario político y social del siglo XIX español*, Alianza Ed., Madrid, 2002, pp. 231-235.

Al igual que ocurriera previamente en el Bienio, la Gloriosa no hizo sino seguir los pasos del 48' europeo, o, más en concreto, del constitucionalismo francés, que justo veinte años antes había elevado el derecho de excepción a rango constitucional (12). La «constitucionalización» del derecho de excepción obrada por la primera norma de 1869 marca un antes y un después de su historia en España. No obstante, la degradación del modelo se hizo presente ya en el mismo Sexenio, aunque fue sobre todo durante la Restauración cuando la excepción se convirtió en normalidad (13). En efecto, a pesar de que la Constitución de 1876 no había alterado excesivamente la letra de la primera norma de 1869, tras unos primeros y conflictivos momentos (14), una Ley de 10 de enero de 1877 volvió a «poner en vigor en toda la Península la Ley de Orden Público de 1870», la cual, reforzada con otras tales como la famosa Ley de Jurisdicciones de 1906, se mantuvo en vigor hasta 1931.

Este ligero apunte cronológico dice bien poco del proceso previo que culminó en la «constitucionalización» del derecho de excepción. La suspensión de derechos/garantías estuvo regulada en todas las Constituciones (1812, 1837 y 1845) que precedieron a la primera norma de 1869, pero ninguna de ellas hizo referencia a las prácticas de excepción que dominaron todo el periodo. Estas últimas, en buena medida, se legitimaron remitiendo a una norma muy especial, la Ley de 17 de abril de 1821, cuya larga e intermitente vida constituye de por sí un verdadero misterio para el historiador (15). Aunque sea solo en parte, tratar de desvelarlo constituye el principal objetivo de la presente contribución, que dedicará (i) un primer epígrafe al análisis de la Ley de abril en sus diferentes contextos, para (ii) continuar exponiendo las líneas maestras de la «constitucionalización» del estado de excepción en el Sexenio, finalizando (iii) con unas breves conclusiones que relacionan la problemática de la excepción con la naturaleza y caracteres de la formación, escasamente constitucional, del Estado en España.

(12) Distanciándose así de opciones «silenciosas» como la muy anglosajona técnica de la exoneración parlamentaria (*Act of Indemnity*) o la contenida en el artículo 187 de la Constitución belga de 1831, según el cual la Constitución no podría ser suspendida ni total ni parcialmente (CRUZ VILLALÓN, P., *El Estado de sitio y la constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (=CEPC), Madrid, 1980, pp. 293-297). La técnica anglosajona constituía para el jurista victoriano Albert Venn Dicey el mayor ejemplo de soberanía parlamentaria que era capaz de concebir [VENN DICEY, A., *El Derecho de la Constitución* (8.ª ed., 1915), traducción y estudio introductorio de DOMÍNGUEZ BENITO, H., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 212, pp. 240 y 241].

(13) Baste como ejemplo la consulta de: «Disposiciones legales sobre la suspensión de garantías constitucionales de 1874 a 1911», en el Archivo Histórico Nacional, Fondos Contemporáneos-Ministerio del Interior, legajo 60, expediente 8. Un análisis de sus consecuencias en GONZÁLEZ CALLEJA, E., *La razón de la fuerza. Orden público, subversión y violencia política en la España de la Restauración (1875-1917)*, CSIC, Madrid, 1998; y *El Mauser y el sufragio. Orden público, subversión y violencia política en la crisis de la Restauración (1917-1931)*, CSIC, Madrid, 1999.

(14) En cuyo curso se optó por recuperar una legislación del Trienio, cfr. Orden Circular de 12 de marzo de 1875, por la que se declaraba vigente la Ley de 17 de abril de 1821 [BALLBÉ, M., *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, cit., p. 230].

(15) Lo fue también para sus mismos contemporáneos: cfr. MANZANEQUE Y MONTES, F., *La constitución y los estados excepcionales: Estado de suspensión de garantías. Estado de guerra. Estado de sitio*, Madrid, 1904.

II. DEL *ESPAÑA CON HONRA* A LA FIEBRE AMARILLA. VIDA Y MILAGROS DE LA(S) LEY(ES) DE 17 DE ABRIL DE 1821

El 19 de septiembre de 1868, los militares sublevados contra el gobierno de Isabel II firmaron en Cádiz el famoso manifiesto conocido por una de sus expresiones, *España con Honra* (16), en el cual aparecían ya dos elementos de interés para el tema que nos ocupa: de un lado, la reivindicación de los derechos conculcados y, de otro, la insistencia en el cumplimiento de la Constitución. Y es que, según los autores del manifiesto, el largo periodo precedente se había caracterizado por la permanente vulneración de unos y otra, por lo que poner fin a esa degradada situación justificaba el levantamiento que se llevó por delante el por tantas razones infausto reinado de Isabel II (17).

Sin embargo, el periodo que inmediatamente se abrió a continuación fue, como poco, convulso. Lo reconocieron los mismos revolucionarios, quienes, una vez convertidos en gobernantes, afirmaron que a pesar de que «el ejemplo de cordura y sensatez ofrecido por el pueblo español desde el día mismo de la Revolución» había permitido a los españoles elegir por sufragio universal unas cortes constituyentes pacíficamente, los enemigos de la revolución

«(...) abusando de los derechos individuales y confundiendo la libertad con la impunidad, han llegado a crearse un estado insoportable de permanente conspiración, y han podido desenvolverse planes de rebelión que, si bien impotentes, impiden el goce tranquilo de las conquistas revolucionarias, tienen alarmado el sosiego público y amenazan renovar en España las desoladoras escenas de una guerra civil» (18).

Así las cosas, el Gobierno se vio obligado a tomar medidas, que se concretaron en la promulgación de un Decreto cuyo artículo primero señaló:

«Los Gobernadores de las provincias harán insertar inmediatamente en los Boletines oficiales la ley de 17 de abril de 1821 sobre el procedimiento en las causas de conspiración directa y a mano armada contra la Constitución, la seguridad interior o exterior del estado, y los salteadores de caminos o ladrones en cuadrilla, en poblado o despoblado, prefiniendo que será inmediata y severamente aplicada.»

La entrada en vigor de la Ley del Trienio suponía la derogación de la Ley de Orden Público de 17 de mayo de 1867. Según la exposición de motivos del Decreto de 1869 firmada por Sagasta, por entonces Ministro de Gobernación, la Ley de 1867, basándose enteramente en el sistema preventivo, no estaba dirigida a salvar la sociedad sino a impedir la marcha pacífica de los partidos y el desarrollo de las instituciones liberales. Por el contrario, la Ley de 1821 que se recuperaba había sido «dictada por unas cortes eminentemente liberales», por lo que resultaba mucho más adecua-

(16) Fue firmado por el Duque de la Torre; Juan Prim; Domingo Dulce; Francisco Serrano Bedoya; Ramón Nouvilas; Rafael Primo de Rivera; Antonio Caballero de Rodas y Juan Topete. Una versión íntegra del mismo está disponible en red en: <https://hda-historiadeandalucia.blogspot.com/2016/01/viva-espana-con-honra-texto-integro-del.html>.

(17) BURDIEL, I., *Isabel II. Una biografía (1830-1904)*, Taurus, Madrid, 2010.

(18) *Gaceta de Madrid*, núm. 205, 24 de julio de 1869, p. 1. Las citas que siguen a continuación también provienen de este número de la primera publicación periódica del Estado.

da para contener los desórdenes «hasta tanto que las Cortes Constituyentes discutan y sancionen una nueva ley de Orden público y de Enjuiciamiento criminal».

Adoptando esta decisión los revolucionarios septembrinos no inventaban nada, ya que desde 1836 en adelante la Ley de abril de 1821 se había mantenido en un extraño estado de latencia, a la espera de que los diferentes gobiernos y, en menor medida, parlamentos, la declararan vigente una y otra vez ordenando su publicación en los medios provinciales. La única novedad introducida por el Decreto de 1869 fue su proclamada vocación derogatoria de la muy conservadora Ley de Orden Público de González Bravo, la cual, sin embargo, influyó notablemente en la norma de 1870 como se verá más adelante. Entonces nos extenderemos algo más en todo ello, limitándonos aquí a subrayar una simple cuestión: el gobierno que siguió al grito de «España con honra» justificó la entrada en vigor de la Ley de 1821 esgrimiendo el «liberalismo» de las Cortes que habían sido sus autoras.

Cabe, pues, preguntarse: ¿cuánto de liberal tenía la famosa Ley del Trienio?

No hay una sino dos respuestas posibles a esta interrogante, ya que dos son las etapas en las que puede y debe dividirse la historia de la ley. La primera coincide con el momento en el que la ley se pensó, discutió, aprobó y entró en vigor en el seno del orden constitucional doceañista; la segunda, sin embargo, se corresponde con la vida de la ley tras la cancelación definitiva del primer modelo constitucional español. Pues bien, si centramos nuestro análisis en esta última (1836-1868) solo cabe concluir que esta norma del Trienio legitimó la monopolización del control del orden público por parte de la jurisdicción militar facilitando el uso y abuso de la excepción. Baste, sin más, recordar en este sentido ese dato que tanto preocupó a Vicens Vives: de los ochenta y seis años que transcurren entre 1814 y 1900, Cataluña vivió más de sesenta bajo el estado de excepción.

¿Fue este el objetivo que las «liberales» Cortes del Trienio persiguieron mediante la aprobación de la ley? Sinceramente creemos que no, dado que la ley se limitó a «desaforar» parcialmente a los que conspiraban contra la observancia de la Constitución, la seguridad del Estado o la persona del Rey constitucional (19). Y decimos que parcialmente porque solo se juzgaban en consejo de guerra los reos de esos delitos aprehendidos por alguna partida de tropa o de milicia, mientras que los detenidos por autoridades civiles debían pasar a la jurisdicción ordinaria, que debía juzgarlos mediante un procedimiento rápido establecido en la misma ley. Si a todo ello se le añade que esta última también se extendió en la regulación de la publicación de bandos destinados a fijar las condiciones temporales de la «excepción» jurisdiccional, a nadie puede extrañar que esta norma sea considerada como la primera ley marcial española por la mayoría de sus estudiosos, quienes, sin embargo, no suelen reparar en dos cuestiones muy relevantes, a saber: si la ley fue exclusivamente procedimental, ¿respondió en su momento a referente material alguno? Y, sobre todo, siendo como fue una norma tan tosca, ¿por qué fungió como Ley de Orden Público durante tantos años?

La ley sobre «el modo de proceder» a la que venimos refiriéndonos fue precedida de otra en la cual se establecieron «las penas que habrán de imponerse a los conspiradores contra la Constitución e infractores a ella», que fue presentada por las Cortes al Rey en la misma fecha que la anterior y publicada como ley el 26 de

(19) La ley, además, asimilaba a los conspiradores a todos los salteadores de caminos, ladrones en despoblado y en poblado si formaran cuadrilla de cuatro o más, aplicándoles el mismo régimen (art. 8).

abril de 1821 tras su sanción (20). A diferencia de la norma procedimental, esta primera pretendió servir a la protección de todos y cada uno de los artículos de la Constitución mediante la construcción de una compleja tipología de delitos –y determinación de las penas correspondientes– susceptibles de ser cometidos tanto por individuos como por autoridades. Así pues, el orden público se tradujo en términos de estricto cumplimiento del articulado constitucional, como bien puede deducirse de la simple lectura de ese cierre del «sistema de defensa de la Constitución» contenido en el artículo 33:

«Además de los casos expresados en los artículos anteriores, la persona de cualquier clase o condición que contravenga a disposición expresa y terminante de la Constitución pagará una multa de diez a doscientos duros, y en su defecto sufrirá la pena de reclusión de quince días a un año. Si fuere empleado público, quedará además suspenso de empleo y sueldo durante un año.»

Desde la infracción de los principios más básicos –soberanía nacional, división de poderes, catolicidad, gobierno monárquico, etc.– hasta las disposiciones más reglamentarias –regulación de elecciones, funcionamiento de la Cámara, Diputaciones y Ayuntamientos, etc.– podían ser denunciadas por todos los españoles. Los «delinquentes contra la Constitución» podían ser llevados no solo ante jueces y tribunales, sino también ante el Rey o las Cortes, dado que todos ellos –jueces y magistrados de cualquier jurisdicción, Secretarios de Estado y del Despacho y, por supuesto, Diputados– «estaban obligados en virtud de la propia Constitución» a responder a las denuncias haciendo efectiva la responsabilidad de los infractores (arts. 372 y 373). En todo caso, aprobando esta ley, las Cortes del Trienio no hicieron otra cosa que normativizar definitivamente una práctica que, arrancando en 1810, convirtió a la Asamblea en una suerte de tribunal de los delitos/infracciones constitucionales, el cual, como advirtieron algunos contemporáneos, estuvo demasiado ocupado. En efecto, las Cortes dedicaron una enorme cantidad de tiempo y esfuerzos a la tramitación y resolución de los expedientes por infracción de Constitución, con independencia de que fueran los jueces los encargados de imponer las penas fijadas en la Ley de 17 de abril de 1821 (21).

Las dos Leyes de 17 de abril de 1821 formaron parte de un mismo paquete normativo destinado a defender la Constitución contra sus enemigos, que iban desde quienes conspiraban para subvertir el orden creado por la primera norma hasta los que infringían alguno de sus artículos. Mientras que la primera, la que estableció las penas, pretendió responder a las exigencias que conllevaba la implantación de un nuevo orden político-jurídico, la segunda, la que reguló los «modos de proceder» contra los conspiradores, era tan limitada en su ámbito como escasamente innovadora en su contenido. En efecto, la segunda de las leyes de abril no

(20) Ambas normas se «publicaron» en Cortes, esto es, se leyeron en las mismas el día 17 de abril de 1821, pasándose al Rey para recibir la sanción correspondiente. Todas las disposiciones que dan cuenta de este complejo procedimiento se pueden localizar en: *Colección de los decretos y órdenes generales expedidos por las Cortes Ordinarias de los años de 1820 y 1821, en el segundo periodo de su diputación que comprende desde 25 de febrero hasta 30 de junio del último año*, tomo VII, Imprenta Nacional, Madrid, 1821, pp. 37-45 (disponible en red en: https://bvpb.mcu.es/es/catalogo_imagenes/grupo.do?path=152334).

(21) LORENTE, M., *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

pudo hacer otra cosa que acudir a un expediente muy conocido, a saber: el reparto, más que la atribución, de tareas (jurisdiccionales) entre los escasos efectivos institucionales por entonces disponibles en orden a actuar contra un tipo de enemigos de la Constitución, quienes por entonces se identificaron con los integrantes de las partidas realistas y los tradicionales bandoleros, a quienes acomunaba su actuación en despoblado. Vino viejo en odres escasamente nuevos, aunque bien es verdad que entre lo nuevo se encontraba ni más ni menos que el intento de organizar la defensa (armada) del nuevo orden constitucional evitando *grosso modo* la conculcación de sus principales garantías.

La recuperación en 1836 de la Constitución gaditana implicó la reposición de la obra normativa doceañista y, con ella, de los procedimientos por infracciones ante las Cortes, que solo finalizaron en virtud de la entrada en vigor de la primera norma de 1837. Esta última convirtió el derecho a denunciar y a ser contestado en un simple derecho de petición, por lo que la segunda de las Leyes de abril de 1821 se instaló en el orden normativo decimonónico privada de su referente material (22). Bien es verdad que desde la muerte de Fernando VII en 1833 hasta la revolución de septiembre las medidas excepcionales desbordaron con mucho las posibilidades ofrecidas por la Ley del Trienio (23), pero lo cierto es que ni Gobiernos ni Parlamentos fueron capaces de aprobar otra Ley de Orden Público. La frustración de proyectos como los de Narváez de 1847 y Bravo Murillo de 1852 e, incluso, la más que tardía aprobación de la Ley de González Bravo, avalan un inteligente planteamiento de Manuel Ballbé, quien a lo largo de su estudio demuestra que la Ley de «modos de proceder» del Trienio, que tan bien sirvió para legitimar el aumento de las facultades extraordinarias de las autoridades militares, fue la verdadera constitución material en lo que se refiere a los derechos declarados en las Constituciones de 1837 y 1845 (24).

Desde los años treinta del XIX en adelante, el liberalismo español –moderado o progresista– traicionó el ideario constitucional gaditano en lo que se refiere a la defensa de la Constitución, sin la cual carecía por completo de sentido hablar de los derechos y menos todavía de las garantías. Es más: el deterioro de la misma idea de Constitución causado por el recurso continuo a declarar la excepción fue tan enorme que, ante la evidente degradación de los presupuestos mínimos de la organización de la convivencia, los principales protagonistas políticos se vieron forzados a constitucionalizar el derecho de excepción entendiéndolo como garantía de los derechos y, por tanto, del mismo orden constitucional, cuya principal vocación fue la de estabilizar la vida política del país.

Así pues, desde 1869 en adelante el derecho de excepción se pudo entender en términos similares a los que ahora manejamos. Similares, pero no idénticos, como

(22) «Real Decreto de 30 de agosto de 1836, por el que se restablece la Ley de 17 de abril de 1821 aclarando su vigencia» en *Decretos de la Reina nuestra señora Doña Isabel II*, tomo XXI, Madrid, 1837, pp. 362 y 363.

(23) Baste recordar en este sentido la Ley de 14 de marzo de 1848, por la que se autorizó al Gobierno para suspender en todo el territorio las garantías individuales, con las correspondientes declaraciones de estado de sitio en zonas como Cataluña, en la que se mantuvo durante casi ocho años. Por razones obvias, no podemos entrar aquí en la problemática ultramarina, limitándonos a recordar que en la práctica totalidad de estos territorios se convivió con la excepción de forma permanente, si es que así puede calificarse el orden colonial que se impuso desde 1837 en adelante.

(24) BALLBÉ, M., *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, cit.

trataremos de explicar a continuación, no sin antes hacer referencia a unos acontecimientos que cuestionan algunas de las afirmaciones que venimos formulando. Hemos utilizado las dos vidas de esa Ley marcial que fue la norma de 1821 para establecer una división entre los primeros liberales españoles, clasificándolos como más o menos constitucionalistas según la entendieran o bien como un instrumento entre otros destinado a la defensa de la Constitución, o bien como un instrumento destinado al control de un orden público indeterminado. Sin embargo, esta valoración hace aguas cuando se comprueba cómo se aplicó en el mismo Trienio la segunda de las Leyes de abril, esto es, la procedimental, siendo así que de entre todos los ejemplos posibles destaca uno: el uso que de la Ley se hizo en los graves disturbios que alteraron Barcelona en el verano de 1821.

Los hechos son muy conocidos: un barco negrero, procedente se supone de las Antillas, llevó la fiebre amarilla al puerto de Barcelona, desde el cual se extendió por toda la ciudad y su entorno hasta amenazar incluso con superar la barrera de los Pirineos, lo que asustó enormemente al gobierno francés. Las autoridades competentes, civiles y militares, trataron de contener la epidemia confinando a la población de las zonas afectadas, para lo cual se dotaron de instrumentos de control del orden público recogidos en la Ley de abril. La publicación de los bandos correspondientes fue contestada violentamente por un amplio sector de la población, cuyos principales representantes, infectados o no, se convirtieron en conspiradores contra la Constitución por ese peculiar arte de magia que, encerrado en la Ley de 17 de abril de 1821 sobre el «modo de proceder» contra los conspiradores, si para algo servía era para obrar su previa clasificación.

III. LAS LÍNEAS MAESTRAS DE LA *CONSTITUCIONALIZACIÓN* DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN (1869-1870)

Cuando el general Francisco Serrano inauguró las Cortes nacidas de la revolución septembrina el 11 de febrero de 1869, su discurso de apertura ya traslucía la centralidad que el debate sobre los derechos individuales iba a encontrar en la reflexión constituyente:

«Proclamadas están la libertad religiosa, la de imprenta, la de enseñanza, la de reunión y la de asociación. A vosotros os toca definir las y determinarlas ahora por medio de leyes sabias que ni las menoscaben ni las amengüen; pero que eviten que, chocando unas con otras por falta de límites fijos, lleguen a confundirse y perderse. = Si hemos tomado alguna resolución en apariencia no conforme del todo con esas libertades proclamadas, ha sido, y no podía menos de ser, como medida salvadora de la revolución misma que imperiosamente lo reclamaba» (25).

Pero el colegio que recibía las palabras con las que el presidente del Gobierno provisional justificaba su actuación mostraba una composición tan plural –liberales unionistas, progresistas y demócratas convivían en el hemiciclo con republicanos y

(25) *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes* (=DSCC), legislatura 1869-1871, núm. 1 (11-2-1869), p. 2, en red: https://app.congreso.es/est_sesiones/.

carlistas— que lo único que, *a priori*, resultaba mayoritariamente compartido en aquella «babel» parlamentaria era que todo el edificio constitucional se debía levantar sobre la base que otorgaban unos derechos individuales conceptuados por unos y por otros de muy diversa forma (26). Durante decenas de sesiones, que se prolongaron varios meses, las Cortes constituyentes presididas por Nicolás María Rivero debatieron sobre la naturaleza, extensión y límites de unos derechos que finalmente encontraron su plasmación en el título I de la Constitución que fue «votada definitivamente en la sesión del día 1 de Junio de 1869» (27).

La de los derechos fue una temática tan ampliamente tratada en esa sede constituyente surgida de la «Revolución Gloriosa» que no es de extrañar que fuera precisamente ese contexto el que acogiera la «constitucionalización» de la protección extraordinaria del Estado (28). En efecto, por medio del artículo que cerraba la lista de derechos del título I, el 31.º, los constituyentes daban cabida en aquel experimento político al sistema que, conocido como de «doble ley» (29), preveía constitucionalmente la suspensión de garantías a la par que legalizaba el régimen de excepción a aplicar en una serie tasada de circunstancias extraordinarias:

«Las garantías consignadas en los artículos 2.º, 5.º y 6.º y párrafos 1.º, 2.º y 3.º del 17, no podrán suspenderse en toda la Monarquía ni en parte de ella sino temporalmente y por medio de una ley, cuando así lo exija la seguridad del Estado en circunstancias extraordinarias. = Promulgada aquella el territorio a que se aplicare se regirá, durante la suspensión, por la ley de orden público establecida de antemano.= Pero ni en una ni en otra ley se podrán suspender más garantías que las consignadas en el primer párrafo de este artículo, ni autorizar al Gobierno para extrañar del Reino, ni deportar a los españoles, ni para desterrarlos a distancia de más de 250 kilómetros de su domicilio. = En ningún caso los jefes militares o civiles podrán establecer otra penalidad que la prescrita previamente por la ley.»

El análisis del tenor literal de ese artículo, así como de su controvertida discusión en Cortes (30), no solo ayuda a explicar eso del sistema de «doble ley», sino que, al tratarse de una disposición que se pronunciaba sobre la limitación en el ejercicio de los derechos, permite entender los conflictos que se desataron en torno a su propia definición como tales. Y es que ante una primera formulación del precepto se presentaron hasta un total de 8 enmiendas, la mayoría de las cuales estuvieron dirigidas a oponerse frontalmente a una suspensión de derechos que cierto sector de las Cortes —el representado por demócratas y republicanos— consideraba

(26) SERVÁN, C., *Laboratorio constitucional en España: El individuo y el ordenamiento, 1868-1873*, CEPC, Madrid, 2005, pp. 35 y ss.

(27) La versión de texto constitucional de la que me valgo se puede encontrar en DSCC, legislatura 1869-1871, apéndice IV al núm. 87 (1-6-1869), en red: https://app.congreso.es/est_sesiones/.

(28) Esta es una de las principales tesis sostenidas en el trabajo que va a servir de guía en todo este apartado: CRUZ VILLALÓN, P., *El Estado de Sitio y la Constitución*, cit., pp. 399-439.

(29) Se trataba de un sistema que ya había sido debatido e introducido, aunque nunca llegara a ver la luz, en la Constitución *non nata* de 1856, más concretamente en su artículo noveno. No cabe duda de que fue del proyecto de Ríos Rosas en las Cortes del Bienio de donde bebió la regulación de la protección extraordinaria del Estado que sí llegó a cristalizar bajo la monarquía constitucional refundada en 1869, *ibid.*, pp. 346-360 y 400-403.

(30) El artículo 31.º del proyecto de Constitución fue discutido en las sesiones de los días 10, 11 y 12 de mayo de 1869: DSCC, legislatura 1869-1871, núms. 70, 71 y 72, pp. 1804-1861, en red: https://app.congreso.es/est_sesiones/.

incompatible con la propia esencia de los mismos derechos, que no era otra que su naturaleza absoluta e ilegislable:

«¿No nos han dicho los señores de la comisión en la discusión que aquí ha habido acerca de los derechos individuales, no nos ha dicho el dignísimo Presidente de esta Cámara, que los derechos individuales son absolutos, que los derechos individuales son ilegislables? ¿Y cuál es la explicación que aquí se ha dado a esa frase? Que son derechos que no dependen de la ley, que la ley no puede tampoco quitar a nadie, que el hombre puede ejercer siempre y en todas circunstancias, que siempre deben respetarse, porque son derechos inherentes a la personalidad humana, sin los cuales es imposible que el hombre cumpla en este mundo con los fines para que ha sido creado por Dios» (31).

Con todo, enmiendas a la totalidad procedentes de una concepción de los derechos del individuo tan influida por el constitucionalismo norteamericano como difícil de conciliar con la realidad política e institucional hispana (32) –nos referimos entre otras a la del republicano federal José Toribio de Ameller («art. 31.º Las garantías consignadas en los artículos anteriores no podrán suspenderse en ningún caso, ni bajo pretexto alguno» (33))– fueron rechazadas una tras otra (34). La libertad individual en un sentido amplio (art. 2.º y 6.º), la inviolabilidad del domicilio (art. 5.º) y las libertades de prensa, reunión y asociación (art. 17.1.º, 2.º y 3.º) acabaron señaladas en un artículo 31.º que fungió desde entonces como el exhaustivo catálogo de garantías suspendibles.

Pero, volviendo al mecanismo que el mismo precepto diseñaba para proceder a la suspensión, el del artículo 31.º era un sistema de «doble ley» que requería de la actividad legislativa de las Cortes en dos momentos distintos: uno primero en el que se configuraba la «ley-marco» de «orden público» que había de estar «establecida de antemano» cuando las circunstancias extraordinarias la exigieran, y uno segundo que servía para «individualizar» la suspensión de garantías (35). Como era de esperar, las dos piezas del engranaje contaron con un respaldo parlamentario dispar: mientras que el segundo extremo no produjo demasiado recelo entre el considerable número de diputados que no querían ver introducido régimen de excepción alguno en el texto constitucional, el de prever constitucionalmente una Ley de Orden Público, cuando además se desconocía su contenido, fue un punto que despertó gran desconfianza desde el principio del debate:

«Todos los Señores Diputados saben, y algunos hemos sentido sus efectos, lo que son las leyes de orden público. Son, sin duda alguna, las armas más terribles de los Gobiernos reaccionarios contra los derechos de los ciudadanos y de los pueblos. Son, en mi concepto, una sanción de la tiranía suspendiendo

(31) La cita proviene de una intervención del diputado José del Río: DSCC, legislatura 1869-1871, núm. 70 (10-05-1869), p. 1807, en red: https://app.congreso.es/est_sesiones/.

(32) Oltra, J., *La influencia norteamericana en la Constitución española de 1869*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972.

(33) DSCC, legislatura 1869-1871, núm. 70 (10-05-1869), p. 1804, en red: https://app.congreso.es/est_sesiones/.

(34) Algo sustancialmente distinto ocurrió, en cambio, con la única enmienda al texto original elaborado por la comisión de Constitución que acabó fructificando. A la enmienda introducida por el diputado republicano Ramón Castejón se debió el último párrafo del artículo, el que prohibía establecer a los jefes militares o civiles penalidades distintas a las prescritas previamente: DSCC, legislatura 1869-1871, núm. 71 (11-05-1869), pp. 1833 y 1834, en red: https://app.congreso.es/est_sesiones/.

(35) CRUZ VILLALÓN, P., *El Estado de Sitio y la Constitución*, cit., pp. 400 y 401.

la libertad, porque así como la suspensión del bien produce el mal, la suspensión de la libertad produce inmediatamente la tiranía» (36).

Y es que, como se maliciaban muchos demócratas y republicanos, si a lo que se atiende es al contenido material del régimen excepcional propuesto, la Ley de Orden Público finalmente promulgada el 23 de abril de 1870 guardaba tantas similitudes con la de González Bravo de 1867 que, en palabras de su mejor estudioso, no podía más que considerarse «una adaptación, torpe y apresurada» de aquella (37). La protección extraordinaria del Estado y su Constitución adquirió así condición legal en España tomando muchos elementos prestados de la norma del 67. Como en la de González Bravo, al lado del tradicional «estado de guerra», un «estado de prevención y de alarma» que se consideraba declarado desde la publicación de la ley de suspensión facultaba a las autoridades civiles «para adoptar cuantas medidas preventivas y de vigilancia concept[uaran] convenientes a fin de asegurar el orden público» (38).

También eran «copiadas» de la Ley de Orden Público de 1867 las dos vías de acceso al «estado de guerra» que regulaba la Ley del 70 (39), las cuales, a su vez, se adaptaban al marco constitucional de manera desigual. Así, mientras que la primera vía de acceso al «estado de guerra» constituía una suerte de agravación del «estado de alarma y de prevención» que quedaba a la disposición de la autoridad civil para aquellos casos en los que «por sí sola» no pudiera restaurar el orden (40), la segunda vía de acceso estaba contemplada para circunstancias en las que «la rebelión o sedición» sorprendiera de tal manera a las autoridades que hubiera que declararla «provisionalmente» antes de dar cuenta a las Cortes y al Gobierno. El precepto que articulaba esa vía, el 13.º, por reproducir de forma literal lo que la Ley de 1867 había dispuesto en su artículo 54.º, contradecía abiertamente la garantía de control en Cortes que residía en la obligatoriedad de promulgar una ley de suspensión de garantías con anterioridad a la aplicación del «estado de guerra» (41).

En definitiva, nada –o casi nada– diferenciaría a la Ley de Orden Público «constitucional» de aquella «tirana» herramienta de los Gobiernos «reaccionarios» que denunciaban demócratas y republicanos, si no fuera por su artículo primero, que aquí se ha decidido examinar en último lugar:

«Artículo 1.º Las disposiciones de esta ley serán aplicadas únicamente cuando se haya promulgado la ley de suspensión de garantías a que se refiere

(36) Fragmento de una intervención del republicano José Toribio de Ameller: DSCC, legislatura 1869-1871, núm. 70 (10-05-1869), p. 1805, en red: https://app.congreso.es/est_sesiones/.

(37) CRUZ VILLALÓN, P., *El Estado de Sitio y la Constitución*, cit., p. 411. El proyecto de ley de orden público se debatió en las Cortes los días 28, 29, 30 y 31 de marzo de 1870 (DSCC, legislatura 1869-1871, núms. 249, 250, 251 y 252, pp. 6875-7007, en red: https://app.congreso.es/est_sesiones/).

(38) La cita proviene del final del artículo 3.º de la Ley de Orden Público (*Colección legislativa de España*, tomo CIII, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1870, 1, pp. 470-488, p. 471). La mayoría de los artículos que lo seguían en el capítulo 1.º del título 1.º de la ley determinaban las medidas que la autoridad civil podía llevar a cabo en conformidad con la suspensión de la mayoría de los derechos individuales consignados en el artículo 31.º, pero la ausencia de algunos de ellos, así como la similitud de la formulación de muchos de los preceptos con lo recogido en la ley de 1867 confirman la fuerte deuda que tenía contraída la de 1870 con la norma de González Bravo; *ibid.*, pp. 471-473.

(39) CRUZ VILLALÓN, P., *El Estado de Sitio y la Constitución*, cit., p. 418.

(40) Así lo disponía el artículo 12.º de la ley de orden público (*Colección legislativa de España*, tomo CIII, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1970, 1, p. 472).

(41) CRUZ VILLALÓN, P., *El Estado de Sitio y la Constitución*, cit., pp. 419-421.

el artículo 31 de la Constitución, y dejarán de aplicarse cuando dicha suspensión haya sido levantada por las Cortes» (42).

Como puede intuirse, la razón de este proceder en orden inverso se encuentra en la importancia que el mismo artículo poseía a la hora de cohesionar y hacer coherente la primera experiencia de «constitucionalización» del régimen de excepción en nuestro país. Qué duda cabe de que su «desnaturalización» o eliminación dejaba en bandeja al Gobierno de turno una Ley de Orden Público tan huérfana de su sentido constitucional original como útil para menesteres preventivos y represivos. Entre otras razones, esa utilidad es la que hizo de la Ley de Orden Público de 1870 una invitada recurrente en el panorama normativo de la restauración española.

IV. RECAPITULACIÓN

Historiadores y juristas suelen debatir el contenido y límites de la historia constitucional. No todos convienen en que esta última se identifique exclusivamente con la historia de la constitución escrita, ya que proponen que sea la constitución material el verdadero objeto de estudio. Más allá de lo que de razonable o beneficiosa pueda tener la propuesta, lo cierto es que tiene entre otras la virtud de desdibujar una dolencia crónica de nuestro constitucionalismo histórico, cuál fue su probada incapacidad de concebir y establecer mecanismos institucionales destinados a defender eficazmente la Constitución y, consecuentemente, el orden político-jurídico diseñado en ella. Olvidándonos incluso de los dos periodos dictatoriales, entre 1808/12 y 1978, la Constitución, fuera la que fuera, convivió casi de continuo con su suspensión en todo o en parte del territorio nacional, con independencia de que a partir de 1869 se optara por constitucionalizar el derecho de excepción. Y es que si bien esta decisión marcó un antes y un después en la historia (formal) del constitucionalismo español, este hito no se correspondió con un cambio radical en la realidad político-jurídica. Así pues, cabría concluir que, contemplada desde el abusivo recurso a la excepción, la historia de la Constitución escrita en España es una historia desgraciada; sin embargo, esta apresurada y genérica valoración no se detiene en dos cuestiones de interés para la historia del derecho de excepción. La primera es meramente comparativa: son muchos los estudiosos que afirman que la historia constitucional española no es particular en absoluto, puesto que *grosso modo* se asemeja a muchas otras europeas. La segunda, sin embargo, altera los términos en los que se expresa esta versión normalizadora de la historia constitucional española al tomar en consideración los caracteres básicos de la formación del Estado en España a efectos comparativos.

Y es que, en nuestra opinión, la frágil estatalización española determinó en buena medida la (mala) suerte de la Constitución, hasta el punto de que la militarización de la gestión de la excepción no solo se explica en términos de opción política, sino también de insuficiencia de efectivos personales y materiales. Ello, a su vez, supone que la noción de orden público mantuvo connotaciones premodernas hasta

(42) *Colección legislativa de España*, tomo CIII, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1970, 1, p. 470.

bien entrado el siglo XIX, lo que traducido significa que los sucesivos gobiernos solo pudieron aspirar a repartir entre las autoridades disponibles, fueran éstas las que fueran, la jurisdicción sobre los que por distintas causas alteraban el orden público, sin que ello supusiera que de dicho reparto pudiera extraerse ordenación jerarquizada alguna: la historia del control de los disturbios causados por las epidemias resulta explicativa a los anteriores efectos, sobre todo porque, siendo muchas, coincidieron además con las principales alteraciones políticas que suelen tenerse en consideración a la hora de hacer una historia concreta de los estados de excepción.

Toda historia es historia contemporánea: nos servimos de esta conocida afirmación de Croce para finalizar esta contribución cuestionando la calidad y cantidad de los actuales conocimientos sobre la historia de la formulación y puesta en planta del derecho de excepción ya que, hasta hoy, sus estudiosos se han centrado en el análisis de su dimensión y consecuencias políticas. Resta, pues, valorar todas aquellas ocasiones en las que procedió hacer uso del derecho de excepción en el control de los descontroles causados por factores naturales, entre los cuales destacan por supuesto las epidemias.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BALLBÉ, M., *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza, Madrid, 1983.
- BURDIEL, I., *Isabel II. Una biografía (1830-1904)*, Taurus, Madrid, 2010.
- CRUZ VILLALÓN, P., *El Estado de sitio y la constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El estado de excepción en el derecho constitucional español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.
- FUENTES, J. F., «Policía», Fernández Sebastián, J., y Fuentes, J. F. (dirs.), *Diccionario político y social del siglo XIX español*, Alianza Ed., Madrid, 2002, pp. 231-235.
- GARRIGA, C., «Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen», *Istor. Revista de Historia Internacional*, núm. 16, 2004, pp. 13-44.
- GODICHEAU, F., «Orígenes del concepto orden público en España», *Ariadna histórica. Lengüajes, conceptos, metáforas*, núm. 2, 2013, pp. 107-130.
- GONZÁLEZ CALLEJA, E., *La razón de la fuerza. Orden público, subversión y violencia política en la España de la Restauración (1875-1917)*, CSIC, Madrid, 1998.
- *El Mauser y el sufragio. Orden público, subversión y violencia política en la crisis de la Restauración (1917-1931)*, CSIC, Madrid, 1999.
- LORENTE, M., *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.
- LOWENTHAL, D., *El pasado es un país extraño*, Madrid, Akal Universitaria, 1998.
- OLTRA, J., *La influencia norteamericana en la Constitución española de 1869*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972.
- SERVÁN, C., *Laboratorio constitucional en España: El individuo y el ordenamiento, 1868-1873*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

VI. FUENTES DOCUMENTALES Y ARCHIVÍSTICAS

- «Carta de D. Tomás Valeriola remitiendo a la Sociedad la obra titulada Idea General de la Policía» de 1799 (Real Sociedad Económica de Amigos del País de Valencia, Caja 29, legajo IV, signatura 4; disponible en red en el repositorio institucional de la Universidad Politécnica de Valencia: <http://hdl.handle.net/10251/19388>).
- Colección de los decretos y órdenes generales expedidos por las Cortes Ordinarias de los años de 1820 y 1821, en el segundo periodo de su diputación que comprende desde 25 de febrero hasta 30 de junio del último año*, tomo VII, Imprenta Nacional, Madrid, 1821.
- Colección legislativa de España*, tomo CIII, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1870, 1.
- Decretos de la Reina nuestra señora Doña Isabel II*, tomo XXI, Madrid, 1837.
- Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes (=DSCC)*, legislatura 1869-1871, núm. 1 (11 de febrero de 1869), en red: https://app.congreso.es/est_sesiones/.
- DSCC, legislatura 1869-1871, núm. 70 (10 de mayo de 1869), en red: https://app.congreso.es/est_sesiones/.
- DSCC, legislatura 1869-1871, núm. 71 (11 de mayo de 1869), en red: https://app.congreso.es/est_sesiones/.
- DSCC, legislatura 1869-1871, núm. 72 (12 de mayo de 1869), en red: https://app.congreso.es/est_sesiones/.
- DSCC, legislatura 1869-1871, apéndice IV al núm. 87 (1 de junio de 1869), en red: https://app.congreso.es/est_sesiones/.
- DSCC, legislatura 1869-1871, núm. 249 (28 de marzo de 1870), en red: https://app.congreso.es/est_sesiones/.
- DSCC, legislatura 1869-1871, núm. 250 (29 de marzo de 1870), en red: https://app.congreso.es/est_sesiones/.
- DSCC, legislatura 1869-1871, núm. 251 (30 de marzo de 1870), en red: https://app.congreso.es/est_sesiones/.
- DSCC, legislatura 1869-1871, núm. 252 (31 de marzo de 1870), en red: https://app.congreso.es/est_sesiones/.
- Disposiciones legales sobre la suspensión de garantías constitucionales de 1874 a 1911* (ARCHIVO HISTÓRICO NACIONAL, Fondos Contemporáneos-Ministerio del Interior, legajo 60, expediente 8).
- Gaceta de Madrid*, núm. 205, 24 de julio de 1869.
- Novísima Recopilación de las leyes de España*, Tomo V, Libro XII, Título XI, Ley V (2.ª Edición Facsímil, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1992).
- MANZANEQUE Y MONTES, F., *La constitución y los estados excepcionales: Estado de suspensión de garantías. Estado de guerra. Estado de sitio*, Madrid, 1904.
- VALERIOLA, T., *Idea general de la policía o Tratado de policía sacado de los mejores autores que han escrito sobre este objeto*, Valencia, 1800.
- VENN DICEY, A., *El Derecho de la Constitución* (8.ª ed., 1915), traducción y estudio introductorio de DOMÍNGUEZ BENITO, H., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

GOBIERNO Y PARLAMENTO EN LA EMERGENCIA SANITARIA

CÉSAR AGUADO RENEDO*

Resumen

Una circunstancia tan disruptiva como una pandemia pone a prueba a las instituciones políticas por antonomasia, Parlamento y Gobierno, como probablemente muy pocos otros fenómenos. Un vistazo del panorama comparado limitado a los sistemas democráticos evidencia que son escasos aquellos en los que la opinión ciudadana entienda de forma general que sus Parlamentos y sus Gobiernos han actuado suficientemente bien. Entre estos no parece que quepa incluir el sistema español. El texto ofrece motivos concretos objetivos que, junto con otros, explican esta percepción que aparece generalizada.

Palabras clave

Parlamento, composición del Gobierno, Decreto-ley, ideologización, polarización.

Abstract

A circumstance disruptive as a pandemic, puts the main political institutions of democratic systems to the test like probably very few other phenomena. A glimpse of the political landscape limited to democratic systems, shows that there are few in which public opinion generally understands that their parliaments and their governments have acted well enough. Among these, the Spanish system does not seem to fit. The text offers specific objective reasons that, together with others, explain this perception, which appears quite general.

Keywords

Parliament, composition of the Government, Decree-law, ideologization, polarization.

* Área de Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Madrid.

SUMARIO: I. El contexto político anterior a la pandemia como punto de partida explicativo. II. El Parlamento: funcionamiento, dejaciones y actuaciones. III. El Gobierno: su «ilegal» composición, un funcionamiento impropio de coalición y la generosidad en la utilización del Decreto-ley. IV. Bibliografía.

I. EL CONTEXTO POLÍTICO ANTERIOR A LA PANDEMIA COMO PUNTO DE PARTIDA EXPLICATIVO

LAS consideraciones sobre la institución parlamentaria y la institución ejecutiva durante la pandemia, y las eventuales perspectivas sobre las mismas una vez pueda decirse que se haya superado, requieren indefectiblemente un breve recordatorio temporal para comprender la situación actual de ambas.

Para ello hay que remontarse a la recesión económica de 2008 y sus consecuencias políticas, a saber: no tanto la fragmentación de la representación popular en las Cortes Generales a partir de 2015, cuanto el carácter extremo de la izquierda reivindicativa, surgida a raíz de las muy severas consecuencias económicas en las clases sociales inferior y –sobre todo– media, en particular tratando dicha izquierda extrema de arrumbar lo que, salvo hasta la fecha para los nacionalismos más exacerbados y de ámbito territorial limitado, era un substrato muy mayoritariamente compartido por la sociedad española: el llamado «régimen del ‘78», con una Constitución que dispone una forma política y territorial de Estado consistente en una monarquía parlamentaria territorialmente descentralizada. Como réplica, el surgimiento de esta izquierda extrema, acabará provocando, según una pauta lastimosamente familiar en la historia de este país, el surgimiento de una derecha también extrema.

A este suceso de la grave recesión económica, se añadió el no menos grave de la evolución del nacionalismo catalán, de carácter posibilista hasta los últimos años de quien había sido su líder indiscutible desde la transición política, y que ha acabado desembocando en posiciones independentistas, dando lugar a un proceso soberanista en los últimos años de la década que acaba de transcurrir; en lo que aquí importa, tal proceso soberanista ha generado una representación notable en las Cortes Generales de las fuerzas políticas que lo propugnan. Por su parte, la menor combatividad del nacionalismo vasco a la vista de esta experiencia de su homólogo catalán, no se refleja en su representación parlamentaria nacional, teniendo en las Cortes su significativa cuota parte, suma del nacionalismo moderado y radical.

Esta tesitura política, caracterizada por extremismos ideológicos y nacionalismos independentistas, es el paisaje de fondo que en el último lustro largo ha arrojado cuatro elecciones generales, dos de ellas producto de la ausencia de acuerdo entre las fuerzas políticas representadas para investir Presidente de Gobierno, y tres mociones de censura, una de ellas exitosa por primera vez en el ámbito nacional (1). Esta tesitura tiene su reflejo

(1) Entendiendo por exitosa la que logra remover al presidente del Gobierno existente y su sustitución por otro. Estando muy lejos de ese efecto, la última de tales mociones tuvo como consecuencia el nacimiento de una tensión evidente entre los líderes de la derecha típica y de la derecha radical.

en la composición de las Cortes Generales actuales y, en lo que a los efectos de estas páginas más importa, en el Congreso de los Diputados. Y ello explica perfectamente los marcados bloques en los que se divide la inmensa mayoría de los integrantes de dicha cámara de representación ideológica: el de izquierdas, el de derechas y el de los nacionalismos; las dos primeras en versiones que van desde la derecha e izquierdas, por así decir, «clásicas», a sus manifestaciones más agudas (con la singularidad de que en el caso de la izquierda más radical añade el cuestionamiento del llamado régimen del 78, tal y como se ha dicho antes), y el tercero mayoritariamente independentista (y, en cuanto tal, participe también de dicho cuestionamiento del régimen constitucional actual). El panorama resultante se resume en una intensa polarización político-ideológica.

Es este el contexto que encuentra la pandemia cuando sobreviene, contribuyendo a hacer más acusado aún el enfrentamiento entre el conglomerado de lo que se ha denominado antes izquierdas y nacionalismos, por un lado, y derechas por otro. Un enfrentamiento teóricamente contrario a la lógica derivada de un mal por definición de los más generales y graves que cabe imaginar, de los que no distinguen entre ideologías ni territorios y que, por tanto, debería mover a la unión de esfuerzos, a la colaboración estrecha, a dejar para después de su superación la vuelta al enfrentamiento político que, en la importante medida consabida, viene caracterizando hace tiempo el sistema español. Se comprenderá, pues, la necesidad a la que se hacía referencia al inicio, de dar cuenta de este panorama para hacerse una composición de lugar suficiente con vistas a entender lo que se comenta a continuación en relación con las dos principales instituciones estatales por antonomasia: el Parlamento y el Gobierno. Aunque se dedicarán sendos apartados a una y otra institución, evidentemente en un sistema parlamentario la relación entre ambas es inextricable: frente a los sistemas presidenciales, basados en una división «de poderes», los sistemas parlamentarios reflejan –sobre todo a medida que el carácter social del Estado ha ido consolidándose– una división «de funciones», sí, pero también de colaboración entre poderes. Cabe adelantar desde ahora que ese juicio sobre el modo de operar de ambas instituciones, sobre su actuación durante este tiempo de pandemia, no es precisamente positivo y, en tanto en cuanto ello pueda suponer precedentes para eventuales actuaciones futuras (sin ir más lejos, porque vuelva a reproducirse la misma desgracia sanitaria que ha propiciado censurables modos de operar o, existiendo de antes, los ha revelado más intensos), resulta evidentemente más preocupante aún. Por lo demás, alguna ventaja puede encontrarse en las situaciones de crisis que sirven para testar la solidez de los sistemas y, caso de que ésta se confirme, muestran las reformas que requieren para superar el trance en presencia y lo de que, de seguro, vendrá en el futuro. En cambio, si lo que dichas situaciones revelan es una seria debilidad que pone en grave riesgo al sistema de que se trate, las consecuencias pueden ser, y a menudo son (como se encarga de mostrar la historia de las revoluciones y de los cambios abruptos de régimen), impredecibles y, por lo general, muy negativas.

II. EL PARLAMENTO: FUNCIONAMIENTO, DEJACIONES Y ACTUACIONES

Desde una perspectiva estrictamente formal, puede decirse que el Parlamento español ha respondido razonablemente bien en una situación tan sorpresiva como la declaración del primer estado de alarma, mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo,

que, en sus primeras semanas de vigencia (las del propio Decreto y sus tres primeras prórrogas de las seis que en total tuvo), comportó una intensa paralización de todo lo que no fueran servicios esenciales (2). Como se ha puesto bien de manifiesto, las Cortes Generales en cuanto se resolvieron los inconvenientes técnicos telemáticos operaron sus sesiones plenarias simultáneamente de forma presencial (inicialmente en una fracción mínima de los integrantes de las Cámaras, fracción luego menos limitada) y a distancia (3); lo mismo que algunas Asambleas autonómicas, aunque no así otras, que acudieron a la Diputación Permanente en sustitución de la cámara respectiva (4).

Fruto de la normalidad de ese funcionamiento fue la aprobación, en lo que llevamos de pandemia y hasta el momento en que se cierran estas páginas, de los Presupuestos Generales del Estado para el ejercicio 2021 (Ley 11/2020, de 30 de diciembre); tres leyes orgánicas en 2020 y seis más en 2021, entre ellas la conocida por sus abreviaturas como LOMLOE (Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación), la ley reguladora de la eutanasia (Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, o la de supresión del artículo 315.3 CP que individualizaba el delito de coacciones para iniciar o mantener huelga (Ley Orgánica 5/2021, de 22 de abril) (la especificación aquí de estas, y no de otras leyes orgánicas, tiene el sentido que luego se verá); y una decena de leyes ordinarias en 2020 (además de la citada de Presupuestos Generales del Estado) y media docena más de ellas hasta ahora en 2021. Más aún, el Congreso ha llevado a cabo algún Dictamen de alta calidad, como el efectuado por la Comisión para la Reconstrucción Social y Económica tras dos meses de actuación deponiendo ante ella expertos, actores sociales, etc. (5), otra cosa es su trascendencia práctica (6)].

Y, sin embargo, lo que quedará más que probablemente en la memoria, tanto institucional como de los iuspublicistas, de los politólogos y de los propios integrantes de los órganos representativos, es un balance de la institución parlamentaria negativo en este período al que antes nos referíamos. Y ello tanto por el carácter crispado y bronco de los debates, derivado de la gran polarización antes referida, como por el nivel de los mismos (un nivel que, en general, ha dejado bastante que desear, reflejo natural del nivel que los integrantes que han accedido a la institución tienen, salvo honrosas excepciones), como, sobre todo, por los

(2) Ya en pruebas esta colaboración, el Tribunal Constitucional ha declarado parcialmente inconstitucional tal Decreto, mediante Sentencia de 14 de julio de 2021, si bien con cinco Votos Particulares discrepantes frente a la mayoría de seis miembros.

(3) Cfr. la detallada crónica de la forma de proceder por el Congreso y el Senado, en GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., «La ductilidad del Derecho Parlamentario en tiempos de crisis: actividad y funcionamiento de los parlamentos durante el estado de alarma por COVID-19», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 46, 2020, pp. 271-308.

(4) «Esta solución es la más criticable, sobre la base del propio carácter de dicho órgano de continuidad, llamado a sustituir al Pleno cuando éste no puede reunirse –por razones jurídicas preestablecidas y tasadas, no fácticas– y con unas funciones mínimas», apunta GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, ob. cit., p. 286, que pasa revista de lo sucedido durante ese tiempo en todos y cada uno de los parlamentos autonómicos, además de en las cámaras parlamentarias nacionales.

(5) [https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro_publicaciones_legislatura=XIV&_publicaciones_id_texto=\(BOCG-14-D-130.CODI](https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro_publicaciones_legislatura=XIV&_publicaciones_id_texto=(BOCG-14-D-130.CODI)

(6) Tudela Aranda señala al respecto que «Son muy pocos los que conocen este trabajo» y que entre quienes lo conocen domina «... la convicción profunda es que se trata de un documento retórico...» (TUDELA ARANDA, J., «Parlamento y estado de alarma», en Garrido López, C. (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, p. 19.

señalados supuestos en que han sido objeto de conocimiento y comentario generalizado en forma de noticias en los medios de comunicación, y de atención por los comentaristas políticos y jurídicos. A nuestro juicio, los casos relevantes que dejarán esa pobre memoria del hacer de la institución parlamentaria nacional durante lo que llevamos de pandemia, son esencialmente cinco, si bien mientras los tres primeros enormemente relevantes para los ciudadanos, los dos restantes lo son mucho menos, pero resultan hartos significativos de esa actuación reprochable.

El primero viene dado por la aprobación por el Congreso de los Diputados de la prórroga por seis meses del segundo estado general de alarma declarado (Reales Decretos-leyes 96/2020, de 25 de octubre y 956/2020, de 3 de noviembre) (7). Por creativo que resulte el intérprete, no parece que tenga demasiado sentido que un estado que haya de declararse por «un plazo máximo de quince días» (art. 116.2 CE), ante la indeterminación constitucional de la duración de sus posibles prórrogas quiera luego prolongarse por meses o, en su caso, por años, tal y como se dirá a continuación en el siguiente motivo que funda el negativo balance de la institución parlamentaria a este respecto. El indebido precedente que generó el primer uso del estado de alarma en nuestro sistema hace más de una década (8), prorrogado por casi un mes, prórroga cuyo alcance temporal no fue cuestión planteada en las decisiones jurisdiccionales constitucionales que recayeron sobre el mismo (ATC 7/2012, de 13 de enero de 2012 y STC 83/2016, de 28 de abril), no puede tomarse como justificación para una prórroga cuya fundamentación fue tan genérica como la que aparece en la Exposición de Motivos del Real Decreto 96/2020 (9). Máxime cuando en el Decreto de prórroga se determina un control gubernamental por el Congreso consistente en la comparecencia bimensual del Presidente del Gobierno ante su Pleno y mensual del Ministro de Sanidad ante la Comisión de Sanidad. En fin, respecto de tal prórroga conviene recordar que la única formación política que votó en contra de su aprobación (con independencia ahora de las razones de fondo que tuviera para ello) fue la que se ubica en el extremo de la ideología conservadora («Vox») (el principal partido de la oposición, también del mismo ala ideológica, se abstuvo), con lo que de ello puede deducirse. En este sentido, y con independencia de lo que pueda terminar diciendo el Tribunal Constitucional acerca del estado de alarma, instado a ello por el partido al que se acaba de aludir, difícilmente puede dejar de compartirse que el papel del Congreso de los Diputados no pasará a los anales del parlamentarismo español como ejemplo de lo que corresponde a una Cámara por la que tanto se preocupa el

(7) Segundo estado «general» de alarma, decimos, porque el Gobierno declaró otro intermedio entre el primero antes citado y este: un estado de alarma *ad hoc* producto de su enfrentamiento con los responsables políticos de la Comunidad Autónoma de Madrid (o, tanto da, a la inversa, del enfrentamiento de éstos con el Gobierno de la nación), solamente para varios de sus municipios: Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre.

(8) En diciembre de 2010, con motivo de una huelga de controladores aéreos: Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, prorrogado por un mes mediante Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre.

(9) «... estimar [el Gobierno] que este plazo de tiempo ofrece la mayor seguridad posible para poder proteger adecuadamente la salud de la población con la información disponible en estos momentos» y que «El proceso hasta llegar a vacunas eficaces resulta de gran complejidad, lo cual hace difícil que se puedan alcanzar altas coberturas que garantizaran la inmunización suficiente para controlar la transmisión comunitaria del virus en los próximos seis meses»: la sustitución del cardinal por otro (cuatro, ocho, quince) en nada variaría tales razones.

constituyente con motivo de los estados de excepcionales, garantizando todo lo que la garantiza en el párrafo 5 del artículo que los enuncia, el artículo 116 CE (10).

El segundo de esos casos está directamente relacionado con el anterior y se refiere a la omisión del régimen legal necesario en un sistema descentralizado para hacer frente a una situación como es una pandemia, vale decir, a una situación caracterizada por dos notas: porque se reproduce de distinta manera en las diversas partes del territorio nacional y porque su duración es indeterminada, pero más que previsiblemente, dilatada en el tiempo. Se ha instalado la idea de que hay dos formas de abordar desde el punto de vista normativo una situación tal: acudiendo al estado de alarma o acudiendo a una normativa que permita incidir en los derechos fundamentales sin llegar a suspensión (suspensión que el art. 55.1 CE, acertadamente a nuestro entender, solo admite para los estados de excepción y sitio). En nuestro sentir, sin embargo, la primera opción es inviable por el propio concepto de excepcionalidad normativa (no por la de los hechos de los que trae causa ésta, que es cosa distinta), excepcionalidad que comporta estricta limitación temporal, pues de prolongarse la singularidad reguladora deja de ser excepcional para convertirse en nueva normalidad (en sentido real, no en el sentido evidentemente propagandístico que se ha pretendido dar a la expresión), por distópica que la misma sea. Y siendo esto lo que sucede con una pandemia cuando se prolonga por meses (en la que padecemos, más de un año de momento y sin que, aun con el proceso de vacunación en marcha, se tengan la seguridad de que no vuelvan a generarse nuevas olas debido a variantes desconocidas del coronavirus), la solución que demanda la lógica es la de establecer un marco regulador *ad hoc* que permita operar a los entes políticos territorialmente intermedios, en un sistema en el que el Estado ha dejado de tener capacidad de acción directa en materia de salud en aquéllos. Este es el modo de proceder de otros sistemas, señaladamente el alemán, con una normación específica para las pandemias, la *Infektionsschutzgesetz*, de principios del presente siglo, varias veces modificada, también con motivo de la presente pandemia, que hace de los *Länder* los protagonistas de la lucha contra ellas (lo que no necesariamente comporta ausencia de problemas, como se ha puesto de manifiesto, pero que sin duda es más lógico con un modelo de alarma prolongada en el tiempo de modo dilatado).

Cabalmente esta era por lo demás la intención anunciada por la Vicepresidenta 1.^a del Gobierno (que es quien ha venido firmando los Decretos declaratorios de alarma y de sus prórrogas, lo que no deja de ser significativo) en la comparecencia que en su día efectuó ante el Senado (11). Y así mismo es lo que reclama desde hace tiempo el prin-

(10) Artículo 116.5 CE: «No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo [el primero de ellos, el de alarma], quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados.

Disuelto el Congreso o expirado su mandato, si se produjere alguna de las situaciones que dan lugar a cualquiera de dichos estados, las competencias del Congreso serán asumidas por su Diputación Permanente».

(11) «... tenemos que pertrecharnos para pasar el verano –decía cuando iba a finalizar el primer estado de alarma– y, naturalmente, el otoño, por si existe un repunte o una vuelta de intensidad de la COVID-19, en condiciones de no tener que utilizar el artículo 116 de nuestra Constitución». «Salir de la alarma significa dotarnos a nosotros mismos de instrumentos importantes para poder navegar en cualquier situación que vuelva a perturbarnos, en cualquier momento que pueda significar, como estamos viendo en algunos casos, repuntes o situaciones que nos obliguen a tomar decisiones importantes. Repito que en esta situación *los proyectos de transformación y de reforma legislativa vendrán muy rápido, algunos de ellos han iniciado su*

cial partido de la oposición, lo que, de llegarse a un acuerdo en el contenido de esa regulación (algo que, por polarizado que esté el panorama político, debiera resultar muy hacedero tratándose de una cuestión tan necesaria como perentoria de resolver), no supondría el menor problema desde la perspectiva cuantitativa requerida por la Constitución para la aprobación de la ley orgánica que, sin duda, requeriría tal pretensión. *Ad abundantiam*, el reciente Dictamen del Consejo de Estado emitido con motivo de la impugnación por el Gobierno de la Ley gallega 8/2021, de 25 de febrero, que impone a sus ciudadanos la vacunación obligatoria, ha señalado la posible insuficiencia del marco legislativo actual para la adopción por las CCAA de medidas limitativas de derechos con motivo de la lucha contra las pandemias (12).

Lo que no ha dejado de tener el Estado es, no obstante, la competencia exclusiva que le atribuye en la Constitución sobre «Bases y coordinación general de la sanidad» (art. 149.1.16.^a: nótese que el término utilizado por el constituyente en el caso es el genérico «bases», no el de «legislación básica» ni el de «normas básicas», más restringidos, que son las expresiones por las que ha optado en otros títulos competenciales), con lo que ello comporta, a saber: que viene obligado a ejercer tal competencia, pues las competencias que se ostentan no tienen el carácter solo de facultades, sino también de obligaciones (13).

Lo señalado tiene especial relevancia a la vista de lo que desde todos los ámbitos médico-científicos relacionados con las infecciones generalizadas se apunta: la seguridad de que se reproduzcan episodios pandémicos en un futuro más próximo que lejano, por el grado alcanzado de interacción humana en virtud de la globalización. Siendo ello así, no aparece muy lógica la posibilidad de estar «alarmados» por períodos extensos, en su caso, cuando el ordenamiento permite, bajo la supervisión y coordinación del Estado, normalizar, por así decir, situaciones que se prevén no inhabituales y reservar la alarma para fenómenos temporalmente más puntuales que requieran una intervención que no pueda ser de otra índole que centralizada por órganos estatales, lo que no es el supuesto, precisamente, de la sanidad en el sistema descentralizado español.

Por este mismo motivo, como es obvio, ha de reprocharse a las Cortes también que no haya abordado la reforma de la legislación electoral cuando ya han tenido lugar hasta cuatro elecciones autonómicas en tiempo de pandemia, en las que se han suscitado las dudas y los problemas consabidos. En particular, la posibilidad de suspensión de comicios porque las circunstancias impidan indudablemente su celebración.

trámite y en este momento están varados en la Cámara baja, en el Congreso de los Diputados...» (Diario de Sesiones del Senado. Comisión Constitucional, núm. 37, 13 de mayo, p. 10). Qué es lo que haya podido pasar desde entonces para que no haya sido lo que estaba previsto y que, correctamente, tenía que ser, seguramente tiene todo que ver con los avatares políticos que, en el contexto del que se ha dado cuenta en la introducción de estas páginas, ha hecho de las Cortes un mundo de lo más proceloso.

(12) Se trata de la ley modificadora de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia: el Consejo de Estado en su Dictamen de 22 de marzo de 2020, señala que la L. O. 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, «... podría resultar insuficiente para hacer frente a las necesidades a las que se enfrentan las autoridades sanitarias competentes» (p. 14), concluyendo que su contenido «... podría estar necesitado de una adecuación legislativa que le aporte mayor detalle y concreción en orden a proporcionar a las autoridades sanitarias competentes el mejor marco jurídico posible para afrontar las situaciones presentes y futuras de riesgo grave para la salud pública» (p. 19).

(13) De nuevo, el sistema alemán lo ha puesto de relieve cuando –en el momento en que se entregan estas páginas– la canciller ha amenazado con modificar la legislación correspondiente ante lo que ha considerado a las autoridades sanitarias competentes el mejor marco jurídico posible para afrontar la pandemia (cfr., p. ej., los periódicos «La Vanguardia» de 30 de marzo y «El Mundo» de 13 de abril)..

El tercer caso que abona la sensación del poco lucido papel de las Cortes Generales durante la pandemia viene dado por la modificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa mediante Ley 3/2020 (14), de acuerdo con la cual para la adopción de medidas previstas en la legislación sanitaria que las autoridades consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación de derechos fundamentales, cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente, podrán acudir a los juzgados y tribunales de dicho orden jurisdiccional (cuáles sean los competentes en concreto dependerá de si son medidas destinadas al ámbito estatal, infra estatal o individual (15)), solicitando su autorización (antes de su entrada en vigor) o su ratificación (si ya lo están), lo que supone otorgar a los tribunales la decisión, y con ello supuestamente la seguridad, de que las medidas restrictivas de derechos son jurídico-constitucionalmente admisibles, o no. Al igual que la que entendemos mejor doctrina (16), nuestra opinión es también cabalmente contraria a la constitucionalidad de esta novedad porque, como resulta evidente, supone desconocer la división de poderes (si se quiere, de funciones) en punto a este concreto supuesto: comporta hacer de los jueces lo que no son, colegisladores; y, sobre todo, tal y como nosotros lo vemos, genera el riesgo de trasladarles la responsabilidad, tanto si hay más contagios o fallecimientos porque no aprueben medidas de desescalada que se les pide, como si deniegan éstas comportando ello la limitación de actividades económicas. Esta posibilidad estaba bien conferida en la versión inicial del artículo 8.6 LJCA para los casos particulares, pero se desvirtúa del todo concibiéndola como medida general para todos los habitantes de un territorio o del Estado. Dicho esto sin perjuicio de lo que decida el Tribunal Constitucional mediante resolución de cuestión de inconstitucionalidad que se le ha elevado sobre el artículo 10.8 LJCA y que ha admitida a trámite (17).

Finalmente ha de hacerse referencia a dos supuestos no relacionados con la pandemia, pero sí llevados a cabo durante ella por las Cortes Generales en cuanto han intervenido ambas Cámaras, que confirman ese escasamente favorable balance de dicha institución representativo-legislativa al que se viene haciendo referencia, producto no de la composición ideológica de las mismas, sino de la deficiente clase política que las integra hoy. El primero se refiere a la selección parlamentaria de los miembros del Consejo de Administración de la Corporación de Radio Televisión Española, de la que se pretendió que fuera un paradigma de transparencia y de opción por los principios de mérito y capacidad. Para ello se eligió a un comité de expertos, que de cerca de un centenar de candidatos seleccionaron a veinte con arreglo a sus currícula y a un proyecto de gestión el ente que se requería presentasen, entre los cuales los parlamentarios debían elegir a los diez integrantes de dicho Consejo. El final de este proceso, intermediado por alguna impor-

(14) Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (*BOE* del 19).

(15) Artículos 11.1.i), 10.8 y 8.6, respectivamente, en la redacción dada por dicha Ley 3/2020.

(16) Por todos, ARAGÓN REYES, M. (2021), «COVID-19 y Estado Autonómico», en Tudela Aranda, J. (coord.). *Estado Autonómico y COVID-19*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, pp. 3 ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, V., *2020 el año de la pandemia de la COVID-19* (Estudios jurídicos), Iustel, 2021, pp. 116-120; CUENCA MIRANDA, A., «Análisis crítico de un estado de alarma excepcional: la COVID-19 y el derecho de excepción», Garrido López, C. (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, pp. 14-15.

(17) Ya cerrado este escrito, el Gobierno ha hecho uso del decreto-ley para modificar la LJCA e introducir como objeto de casación las decisiones de los órganos judiciales sobre las medidas frente a la pandemia que se les someta a su consideración por las autoridades correspondientes: Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo.

tante vicisitud, tuvo como resultado, tras más de dos años de duración, que cuatro partidos políticos se repartieron los puestos a cubrir, eligiendo a varios que no figuraban entre los seleccionados por el comité de expertos. Hubo fuerzas políticas con representación parlamentaria que votaron en contra de lo acordado, otras se abstuvieron y dos de ellas, de ámbito nacional, adoptaron como medida de protesta no participar en la votación. Lo más llamativo y significativo del caso, sin embargo, es que se hicieron públicos los nombres de los elegidos antes de que los cuatro candidatos que correspondía elegir al Senado comparecieran ante éste exponiendo sus méritos, comparecencia sin la que no podían ser nombrados los que correspondían a tal Cámara. Ante esta situación, hubo candidatos que se negaron a acudir a dicha comparecencia, otros al parecer anunciaron que acudirían al Tribunal Constitucional en amparo, y algún otro acabó compareciendo sabiendo de la inutilidad del trámite, para poner en evidencia el penoso modo de proceder parlamentario. El lance se comenta por sí solo(18).

El segundo de los dos supuestos criticados referidos viene dado por la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2021, de 22 de abril, *de derogación del artículo 315 apartado 3 del Código Penal*, no por el objeto en sí de la ley, que podrá compararse más o menos, sino por su Exposición de Motivos, que ha de ser motivo de la más severa censura a nuestro juicio, por el tipo de referencia específica al partido mayoritario en su día y hoy principal fuerza la oposición(19). Y ello porque se usa partidariamente el instrumento institucional por antonomasia, el que genera la vinculatoriedad de las normas para todos, y que, como tal, no admite su uso para expresar opiniones puramente partidistas contra formaciones políticas contrarias. Con independencia de lo que pueda decir el Tribunal Constitucional en respuesta al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el partido afectado contra tal modo de proceder, no cabe admitir la colonización partidista, además de las instituciones –como es opinión común– también de la gaceta oficial: resultaría algo más que penoso que el partido ahora afectado, con posibilidades de volver a acceder de nuevo al gobierno el día de mañana, hiciera lo mismo, no solo derogando o reformando sustancialmente leyes de las aprobadas por las actuales Cortes con su composición (en algunos ámbitos tenemos ya, desgraciadamente, larga experiencia de ello: p. ej., en materia de educación), sino poniendo en letra oficial, por más que no sea contenido articulado, algo equivalente o, acaso, más incisivo todavía de lo que proclama la Exposición de Motivos de la ley aludida, dando con ello lugar a una espiral que alejaría del sistema, más aún de lo que ya está, a la ciudadanía.

(18) Cfr. el relato de uno de los candidatos, NICOLÁS MUÑOZ, J., «El triste final del concurso público del Consejo de administración de RTVE: Marx, Hegel y el conde Foxá», *El Confidencial*, 3 de abril de 2021; en sentido similar, DE CARRERAS SERRA, F., «Cuotas de partido contra mérito profesional», también, en *El Confidencial*, 28 de febrero de 2021.

(19) Los párrafos de la citada Exposición dicen así: «Con la crisis como oportunidad, desde la llegada al Gobierno del Partido Popular en diciembre de 2011, se inició un proceso constante y sistemático de dismantelamiento de las libertades y especialmente de aquellas que afectan a la manifestación pública del desacuerdo con las políticas económicas del Gobierno.

La reforma laboral, que prácticamente excluyó la negociación colectiva de los trabajadores y que devaluó o directamente eliminó otros muchos de sus derechos, no pareció suficiente y por ello se reforzaron, con ataques directos, todas las medidas que exteriorizaron el conflicto, utilizando la legislación en vigor, como la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, y el artículo 315.3 del Código Penal, en el corto plazo, y trabajando, en el medio plazo, para desplegar un entramado de leyes que asfixian la capacidad de reacción, protesta o resistencia de la ciudadanía y de las organizaciones sindicales, hacia las políticas del Gobierno.»

A ello ha de añadirse, además, las referencias que se han hecho en no pocas intervenciones en los medios, a la firma del Rey de una ley que contiene semejantes afirmaciones. Aunque a nuestro juicio cabría hacer algunas consideraciones al respecto, no es esta la sede idónea para ello, más allá de la evidente de que, aprobada la ley por las Cortes, su responsabilidad queda cubierta por la firma de quien lo refrenda, que en el caso es el actual presidente del Gobierno.

Lo que se acaba de señalar enlaza con el fin del comentario a las razones que fundan la idea que adelantábamos acerca del balance escasamente brillante del Parlamento español en este tiempo de pandemia que llevamos. Un comentario que ha de terminar con el fondo de paisaje que se deduce de lo expuesto, y que consiste simplemente en que es constatable el exceso de ideologización, como pone de manifiesto el esfuerzo desplegado para la elaboración y aprobación de algunas de las leyes aquí comentadas y soslayando a otras todavía en fase de elaboración que remarcan aún más tal carácter, carácter que ha presidido, y parece que va a seguir haciéndolo, la actividad parlamentaria y sus resultados.

Ello es más comprensible en el Gobierno, que incluso aunque no sea monocolor, ha de operar idealmente como una unidad y que –en principio o teóricamente, frente a lo que de inmediato se dirá– no está llamado a la confrontación de pareceres entre sus componentes. Pero en el caso de las Cortes, en circunstancias tan difíciles como las que nos toca sufrir en el ámbito de salud y en el socioeconómico, parece que la ciudadanía espera menos ideología y más acuerdo, más unidad de criterio tanto a la hora de abordar el marco normativo que demandan tales circunstancias, como a la hora de controlar al ejecutivo en relación con las medidas tan excepcionales que adopta. No siendo así, como revelan las muestras apuntadas, será difícil que no acabe sufriendo la democracia como sistema, plasmándose en lo que se ha venido en sintetizar como desafección ciudadana respecto del mismo (20).

III. EL GOBIERNO: SU «ILEGAL» COMPOSICIÓN, UN FUNCIONAMIENTO IMPROPIO DE COALICIÓN Y LA GENEROSIDAD EN LA UTILIZACIÓN DEL DECRETO-LEY

Por lo que hace al Gobierno, igualmente parece que el balance de su actuación durante, y con motivo de, la pandemia, pueda enjuiciarse demasiado positivamente. Aun siendo sin duda más comprensible una actuación intensamente ideologizada en razón de lo que se acaba de comentar, tampoco deja de ser igual de comprensible que la ciudadanía espere del órgano que dispone del enorme poder que supone la declaración de un estado excepcional, aunque sea en principio el menos incisivo de los estados excepcionales, un modo de proceder que anteponga a cualquier otra consideración la conjunción de esfuerzos, también con los partidos menos afines, en aras del

(20) Los resultados del último Eurobarómetro publicado a finales del mes de abril de 2021 (file:///D:/Usuarios/Usuario/Downloads/eb_94_nat_es_es%20(1).pdf), , cuya objetividad se presume porque no obedece a ninguna institución nacional, señalan que las instituciones que suscitan un mayor grado de desconfianza son los partidos políticos (7 % de españoles que confían en ellos frente a un 90 % que desconfía), seguidos del Congreso de los Diputados y el Gobierno de España, ambos con alrededor de un 75 % de ciudadanos que afirma no confiar en estos estamentos.

mayor éxito posible frente al mal que asuela a la comunidad política. Y desde luego la percepción mayoritaria de lo sucedido durante este tiempo no parece que vaya en ese sentido. Comenzando por el protagonismo inmoderado del jefe del Ejecutivo compareciendo de modo generoso en cantidad y tiempo en medios de comunicación para explicar con comodidad lo que hubiera procedido hacer con la propiedad que demandan las formas de un sistema seriamente democrático ante el Congreso de los diputados como cámara parlamentaria protagonista del control del Gobierno en los estados excepcionales, y contrastando ello con el silencio o la ausencia de apariciones cuando se tornaban poco favorables las volátiles circunstancias.

Pero el poco favorable juicio que en para esa opinión mayoritaria arroja el papel del Gobierno, deriva primeramente de su composición misma en varios de sus integrantes. No nos referimos, naturalmente, a que haya resultado un Gobierno de coalición como consecuencia de los resultados electorales en los últimos comicios y, sobre todo, de las experiencias que se ha comentado en la introducción a estas páginas que vienen caracterizando políticamente los últimos cinco años largos en nuestro país. Aunque hasta la fecha la realidad política española se hubiera mostrado refractaria a la fórmula del Gobierno de coalición, evidentemente ésta es perfectamente legítima, y aun normal en sistemas parlamentarios consolidados multipartidistas, como lo es el nuestro, de latitudes próximas. De lo que deriva ese juicio crítico es de la bisoñez de varios de sus miembros en las responsabilidades que se les encomendaron y, antes todavía, en su experiencia laboral y aun vital.

En estricto rigor, que ello sea así supone contravenir la propia ley. Concretamente la Ley del Gobierno (Ley 50/1997 de 27 de noviembre), tras su modificación en 2015 por la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, que hizo que el artículo 11 de aquella remita a la Ley reguladora del alto cargo de la Administración General del Estado (Ley 3/2015, de 30 de marzo), al requerir «[p]ara ser miembro del Gobierno» que se reúnan «los requisitos de idoneidad» previstos en ésta. A los que primero considera esta Ley altos cargos de la Administración estatal es a «[l]os miembros del Gobierno» [art. 1.2.a)]; y determina a continuación que «El nombramiento de los altos cargos se hará entre personas idóneas... [siendo]... idóneos quienes reúnen honorabilidad y la debida formación y experiencia en la materia, en función del cargo que vayan a desempeñar. La idoneidad será apreciada tanto por quien propone como por quien nombra al alto cargo» (art. 2.1) (ínciso este último que en el caso de los ministros supone que el primero es el presidente del Gobierno y el segundo el Rey: art. 12.2 de la Ley del Gobierno). Los números 3 y 4 de ese mismo artículo 2.º de la Ley 3/2015, disponen respectivamente que «3. El currículum vitae de los altos cargos se publicará, tras su nombramiento, en el portal web del órgano, organismo o entidad en el que preste sus servicios» y que «4. En la valoración de la formación se tendrán en cuenta los conocimientos académicos adquiridos y en la valoración de la experiencia se prestará especial atención a la naturaleza, complejidad y nivel de responsabilidad de los puestos desempeñados, que guarden relación con el contenido y funciones del puesto para el que se le nombra».

A la vista de este conjunto de preceptos, resulta harto difícil entrever en los *curricula* de varios de los integrantes del Gobierno qué formación y experiencia tienen en la materia del cargo que se les ha encomendado. Más en concreto, la ocasión de la pandemia ha evidenciado como un ejemplo que difícilmente podría ser más paradigmático, la contradicción entre lo ideal, por lógico, de lo que

hubiera debido ser conforme a lo que dispone la ley según se acaba de ver, y lo acaecido en la realidad, en el supuesto, justamente, del ministro de Sanidad, actor principal por antonomasia en una situación como es una pandemia. De hecho, él fue uno de los cuatro ministros designados como autoridades delegadas del Gobierno en el estado de alarma inicial para gestionar la lucha contra la enfermedad extendida (21). De entrada, como es de conocimiento común por los medios de comunicación, la formación del ministro en cuestión era la de profesor de filosofía; su experiencia política, haber ocupado cargos locales y responsabilidades en el interior de su partido político. Algo similar podría decirse de varios otros integrantes del Ejecutivo a la vista de sus antecedentes, de su formación y, en particular, de la (falta de) experiencia sobre la materia relativa al cargo para el que fueron designados.

Que la constatación anterior evidencie la inidoneidad de extender una regulación manifiestamente pensada para altos cargos que no sean de pura extracción política, como son los integrantes de un órgano de Gobierno, no quita que el sentido común aconseje a quien lo preside rodearse de responsables que dispongan de una formación y experiencia en áreas que claramente lo demandan (economía, hacienda, exteriores, justicia), o que requieran al menos cierta familiaridad con ellas (agricultura, educación); en otras lo que manifiestamente se requiere es una cierta experiencia de gestión económico administrativa (pública o privada) y política: no se requerirá ser militar para dirigir defensa, ni miembro de las fuerzas y cuerpos de seguridad para dirigir el área de interior, ni acaso necesariamente médico o investigador de la salud para dirigir sanidad (especialmente, cabe añadir, cuando la competencia sobre esta materia está transferida para su ejercicio cotidiano a los entes territoriales intermedios desde hace tiempo, como sucede en el sistema español). Con todo, si en el caso del ministro de Sanidad citado es probable un juicio mayoritariamente positivo (más que por su gestión concreta, por su educación y correcta conducta en las Cámaras parlamentarias y en los medios de información, algo destacable en medio de la tónica de comportamientos penosos de algunos de sus colegas de Gobierno de representantes parlamentarios en general), en el caso de otros responsables ministeriales resulta realmente llamativa la ausencia de cualquier condición (experiencia en gestión, familiaridad con la materia, formación). Y aun el mismo ministro de Sanidad referido se convirtió también en supuesto de lo que –siempre a nuestro modesto juicio, claro está– de nuevo ha de considerarse como escasamente ejemplar en relación con lo que cabe esperar de una figura clave en una situación tan grave como es una pandemia, al ser designado como candidato a presidente autonómico, aceptando la designación y abandonando con ello sus responsabilidades sanitarias en un momento que pudo calificarse de muchos modos menos de oportuno.

Sin salir de la composición del actual Gobierno «en pandemia» no puede dejar de hacerse referencia en su funcionamiento como primera experiencia de Ejecutivo de coalición en nuestro sistema. Una experiencia que, al menos hasta el

(21) Más en concreto, el citado Real Decreto 463/2020 que declaraba dicho estado, señalaba respecto de él que «Todas las autoridades civiles sanitarias de las administraciones públicas del territorio nacional, así como los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas del Ministro de Sanidad en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza» (art. 12.1)

momento en que debía entregarse esta colaboración, tampoco parece que pudiera animar a su repetición, antes bien al contrario. Nos referimos, como seguramente se habrá adivinado ya, a la figura que ha venido ostentando la segunda vicepresidencia y el liderazgo del partido coaligado con el mayoritario del Gobierno. Prescindiendo de otras consideraciones de tipo ideológico, ahora procede únicamente referirse a lo que resultaba manifiesto para cualquiera, y es que su actuación bien pudo calificarse en diversas ocasiones, no precisamente irrelevantes, como de opositor al Gobierno en el interior del mismo; esto es, expuesto objetivamente, en esas ocasiones supuso una negación del principio básico de lo que ha de ser la actuación de un Gobierno de coalición, que es el principio de unidad de criterio y de manifestación del mismo (*ad extra* del órgano, sobre todo); en mayor medida aún cuando la atmósfera política y socioeconómica en la que actúa dicho Gobierno es la que viene dada por una pandemia.

Dejando a un lado la composición del Gobierno en el sentido señalado y se centra la atención en su actuación, desde la perspectiva jurídico-constitucional resulta verdaderamente llamativo la mirada de Decretos-leyes de los que el Ejecutivo ha hecho uso desde que comenzase el primer estado de alarma, esto es, en el año largo transcurrido ya cuando se cierran estas páginas. Alcanzan los 42, si bien, de un lado, en buena medida unos son modificatorios de otros aparecidos poco antes, esto es, obedecen a una misma intención material, por así expresarlo; y de otro, la mayor parte no tienen por objeto medidas sanitarias en relación con la pandemia, sino medidas socioeconómicas. De ellos solamente tres hasta la fecha se han tramitado como ley (22). Lo que este número más que notable de Decretos-leyes comporta son importantes interrogantes. El principal, que los Decretos-leyes «son Derecho de la normalidad» (23) (normalidad en la que se presenten situaciones puntuales extraordinarias y urgentes), no son derecho de la excepcionalidad; en ésta, los «simples» Decretos de declaración y prórroga de los estados excepcionales tienen un alcance, dada su naturaleza, que no tienen los Decretos-leyes, limitados materialmente como están por lo dispuesto en el artículo 86.1 CE. En sentido opuesto, los Decretos-leyes tampoco deben contener regulaciones que puedan ser hechas mediante simple Decreto y, en tanto tales, ser susceptibles de control por los tribunales ordinarios (o dicho de otra forma, no pueden tener por razón de ser evitar el control judicial ordinario de regulaciones insertándolas en Decretos-ley); ni debieran ser usados cuando cabe regular lo que se pretende mediante ley por el procedimiento de urgencia, dada la perentoriedad que exija el caso; ni, en fin, evidentemente, puede dejar de ser extraordinaria y urgente la necesidad que justifique su uso (24). El conjunto de todos estos aspectos, que constituyen la teoría de la

(22) El Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, que dio lugar a la citada Ley 3/2020, de 18 de septiembre con idéntica denominación, y los Decretos-leyes 9/2020, de 27 de marzo y 10/2020, de 29 de marzo, dando lugar respectivamente a las Leyes 3 y 4/2021, de 12 de abril.

(23) Me sirvo, de esta expresión, lo mismo que para exponer las cuestiones que siguen, del Informe de ARAGÓN REYES, M., para la *Memoria del Pleno sobre tres crisis encadenadas: sanitaria, económica y social*, expuesta por R. Gómez-Ferrer Morant, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Aranzadi, 2020, pp. 205 ss.

(24) Dos de tales Decretos-leyes han sido luego declarados parcialmente inconstitucionales (SSTC 110 y 111/2021, ambas de 13 de mayo -BOE del 15 de junio) por inobservancia de esta *conditio sine qua non* constitucional.

fuentes del derecho que es el Decreto-ley, proyectados sobre las más de cuatro decenas de ellos hasta el momento que hemos dicho ha llevado a cabo el actual Gobierno, daría lugar a un estudio extenso para concluir si ese generoso uso en la situación de pandemia ha sido apropiado, o si constituye un abuso de dicha figura susceptible por ello de crítica en tanto supone una importante erosión del carácter parlamentario de nuestra forma de Estado.

El autor de estas líneas está convencido de que el eventual fracaso del modelo de Estado que se ha generalizado en la civilización jurídico-occidental, y que el constituyente español del '78 sintetizó en el precepto que abre la norma fundamental como «Estado social y democrático de derecho» (art. 1.1 CE), traerá causa, con gran probabilidad, de la primera de esas características, es decir, de su carácter «social», por razones que habrían de ser objeto de un trabajo distinto a este. Pero igualmente lo está de que, si hay posibilidades de que esa fórmula de Estado perdure es, desde luego, sobre la base del funcionamiento medianamente correcto de sus principales instituciones políticas: la representativo-legislativa y la ejecutiva. Y ello en tanto mayor medida cuanto más lo requieran las circunstancias, como sucede – paradigmáticamente – en casos de crisis severas. Por eso resulta tan preocupante lo reflejado en esta suerte de apresurada crónica sobre el funcionamiento durante la pandemia de tales instituciones en el sistema español.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, V., *2020 el año de la pandemia de la COVID-19* (Estudios jurídicos), Iustel, Cuenca, 2021, pp. 116-120.
- ARAGÓN REYES, M., «COVID-19 y Estado Autonómico», en Tudela Aranda, J. (coord.), en *Estado Autonómico y COVID-19*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, pp. 3 ss.
- Informe para la *Memoria del Pleno sobre tres crisis encadenadas: sanitaria, económica y social*, expuesta por R. Gómez-Ferrer Morant, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Aranzadi, 2020, pp. 205 ss.
- CUENCA MIRANDA, A., «Análisis crítico de un estado de alarma excepcional: la COVID-19 y el derecho de excepción». Garrido López, C. (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, pp. 14-15.
- DE CARRERAS SERRA, F., «Cuotas de partido contra mérito profesional», también, en *El Confidencial*, 28 de febrero de 2021.
- *Estado Autonómico y COVID-19*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, pp. 3 ss.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., «La ductilidad del Derecho Parlamentario en tiempos de crisis: actividad y funcionamiento de los parlamentos durante el estado de alarma por COVID-19», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 46, 2020, pp. 271-308.
- NICOLÁS MUÑOZ, J., «El triste final del concurso público del Consejo de administración de RTVE: Marx, Hegel y el conde Foxá», *El Confidencial*, 3 de abril de 2021.
- TUDELA ARANDA, J., «Parlamento y estado de alarma», en Garrido López, C. (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, pp. 19.

DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL DEL PODER DURANTE LA PANDEMIA

Francisco VELASCO CABALLERO
Lucía LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO*

Resumen

La distribución del poder territorial ha experimentado modulaciones diversas a lo largo de la pandemia. Las más intensas se han producido durante los estados de alarma, por la irrupción de una competencia estatal general que condiciona el ejercicio de las competencias ordinarias de las demás entidades territoriales (autonómicas y locales). Pero incluso al margen de los estados de alarma, en el sistema competencial ordinario se han producido varios fenómenos de adaptación. Aún es pronto para decir cuáles de estos fenómenos perdurarán una vez se acabe la pandemia. Por ahora son, únicamente, identificables para el análisis: flexibilización de los títulos competenciales; utilización de criterios de prevalencia frente a criterios de competencia; redefinición de los espacios propios de la ley orgánica y de la ley ordinaria; nuevos tipos de delegaciones intergubernamentales; ampliación de las facultades estatales de coordinación; y mayor extensión de la Administración indirecta.

Palabras clave

Pandemia; COVID-19; jurisdicciones; competencias; prevalencia; comunidades autónomas; Administración local; coordinación.

Abstract

The distribution of territorial power among the different jurisdictions has undergone a number of modulations throughout the pandemic. The most intense ones have occurred during the states of alarm, due to the irruption of a general state power that conditions the

* Respectivamente: Catedrático y profesora titular de Derecho administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid (francisco.velasco@uam.es; y lucia.lopezdecastro@uam.es). Acción financiada por la Comunidad de Madrid en el marco del convenio plurianual con la Universidad Autónoma de Madrid en la Línea 3: Excelencia para el Profesorado Universitario en el marco del V PRICIT (V Plan Regional de Investigación Científica e Innovación Tecnológica).

exercise of the ordinary powers of the other jurisdictions, both regional and local. But even beyond the states of alarm, several phenomena of adaptation have occurred in the constitutional and legal distribution of powers. It is still too early to say which of these phenomena will persist once the pandemic is over. For the time being, these phenomena are only identifiable for analytical purposes: a relaxation in the rigidity of the legal distribution of powers; an increased relevance of preemption versus colliding decisions of different jurisdictions; redefinition of the limits of the organic law and the ordinary law; new types of intergovernmental delegations; widening of the state powers of coordination; and greater extension of the indirect Administration.

Keywords

Pandemic; covid-19; jurisdictions; competences; preemption; autonomous communities; local governments; coordination.

SUMARIO: I. Planteamiento. II. Flexibilización competencial. 1. Modulaciones competenciales durante los estados de alarma. 2. Flexibilización competencial. III. Prevalencias. 1. Prevalencia de las medidas estatales durante el estado de alarma. 2. Prevalencias provisionales fuera del estado de alarma. IV. Delegaciones ejecutivas a los presidentes autonómicos. V. Relación Ley orgánica - Ley ordinaria. VI. Coordinación. VII. Administración indirecta. 1. Subordinación y colaboración administrativa en la ejecución de las medidas de emergencia sanitaria. 2. Participación instrumental en la reconstrucción y transformación económica. VIII. Bibliografía.

I. PLANTEAMIENTO

1. La pandemia de COVID-19 ha requerido respuestas contundentes de los Estados en todo el mundo. Esas respuestas se han regido por los correspondientes sistemas constitucionales. Por eso, ha habido respuestas más centralizadas y respuestas más federales o descentralizadas. Con carácter general, incluso en los Estados federales se ha producido alguna «adaptación» en la distribución territorial del poder, normalmente en forma de centralización (1). Este ha sido también el caso de España. Algunas adaptaciones son formales, esto es, cuentan con un fundamento normativo expreso. Otras adaptaciones son fácticas, muestran tendencias nuevas sin cambio objetivo del orden competencial.

2. Las adaptaciones o modulaciones del orden competencial no se describen bien con la simple referencia al «mando único» (o reforzamiento del poder central). Y no han sido las mismas en todos los ámbitos de la actividad pública activados por la pandemia (la lucha contra el contagio, la asistencia social y económica,

(1) DE BIASE, P., y DOUGHERTY, S., *Federalism and Public Health Decentralisation in the Time of COVID-19*, OECD Working Papers on Fiscal Federalism, núm. 33, 2021, p. 2.

la reconstrucción económica y la vacunación). Las adaptaciones –unas consumadas y otras *in fieri*– se extienden a diversos elementos definitorios del Estado autonómico. Afectan al concepto mismo de competencia; a la solución de las concurrencias competenciales; a la coordinación estatal de las competencias autonómicas; al significado competencial de las reservas de ley orgánica; a las delegaciones intergubernamentales; y a las relaciones de colaboración y asistencia entre Administraciones públicas. Este estudio se centra precisamente en las tensiones y modulaciones que están experimentando estos instrumentos constitucionales, todos ellos definitorios del Estado autonómico.

3. La tesis general de este estudio es que la epidemia ha mostrado que el sistema constitucional es relativamente «flexible», en lo que hace a la distribución territorial del poder(2). Desde que se inició la epidemia, el orden constitucional de competencias no ha sido uniforme, sino cambiante. Podemos hablar, de entrada, de «dos órdenes competenciales» muy diferentes que conviven a lo largo de la pandemia: el orden competencial de alarma; y el régimen competencial ordinario (que, aunque parezca un juego de palabras, es el propio de la emergencia sanitaria). Estos dos órdenes jurídico-competenciales no se han articulado de forma secuencial, sino que han convivido, con distinto alcance cada uno, en las distintas fases de la pandemia. Esto es, durante los tres estados de alarma (el segundo solo afectó a concretos municipios de la Comunidad de Madrid) han convivido dos órdenes competenciales: uno extraordinario (el específico de alarma) y otro ordinario. En los meses en los que no ha estado vigente ningún estado de alarma (en el inicio de la epidemia, hasta el 14 de marzo de 2020, y desde el 21 de junio hasta el 25 de octubre de 2020) el orden competencial ha sido el ordinario, aunque con modulaciones prácticas importantes, como la expansión de distintas formas de prevalencia, un aumento de la coordinación sanitaria estatal y un incremento de la colaboración interadministrativa. Las modulaciones aplicativas del orden competencial son, por ahora, «experimentales» porque no han sido ni confirmadas ni rechazadas por el Tribunal Constitucional. Y tampoco han sido enjuiciadas en profundidad por la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

II. FLEXIBILIZACIÓN COMPETENCIAL

4. Una primera modulación del orden competencial ordinario se puede calificar, de forma genérica, como «flexibilización competencial». El fenómeno es doble. De un lado, durante los estados de alarma ha emergido una «competencia general» del Estado, anclada en el artículo 116 CE. Esta competencia estatal general ha entrado en concurrencia con las competencias autonómicas y locales ordinarias. De otro lado, al margen de los estados de alarma (en los meses en que no ha habido ninguno en vigor, o durante su vigencia, pero en materias no directamente relacionadas con la epidemia, sino con sus consecuencias sociales y económicas) el Estado ha expandido su actividad, no siempre con títulos competenciales claros(3).

(2) MARTÍN I ALONSO, G., «El estado de alarma por la crisis de la COVID-19 y la afectación del autogobierno territorial», *Revista catalana de dret públic*, número especial (2020), pp. 72-88 (p. 85).

(3) MARTÍN I ALONSO, G., «El estado de alarma...», cit. p. 81.

5. En los inicios de la epidemia, en los últimos días de febrero de 2020, el conjunto del Estado actuó conforme al «régimen competencial ordinario». Las comunidades autónomas y los municipios, adoptaron diversas medidas contra los contagios. Las comunidades autónomas actuaron al amparo de sus competencias sanitarias o de protección civil, atribuidas en los correspondientes estatutos de autonomía. Al amparo de esas competencias, las correspondientes autoridades sanitarias autonómicas acordaron confinamientos en hoteles (en Tenerife) y confinamientos perimetrales (4). Los ayuntamientos actuaron al amparo de la legislación básica estatal y –sobre todo– de las leyes sanitarias autonómicas (5). Las modulaciones competenciales más relevantes se iniciaron después, con el primer estado de alarma, y se han extendido fuera el orden excepcional. Como sigue.

1. MODULACIONES COMPETENCIALES DURANTE LOS ESTADOS DE ALARMA

6. El orden competencial ordinario, el que resulta de la Constitución, los estatutos de autonomía y las demás leyes, se «difuminó» con la declaración del estado de alarma. Porque irrumpió entonces una competencia estatal general que debía convivir con las competencias territoriales ordinarias. En puridad, durante un estado de alarma no se sustituye ni suspende el orden competencial ordinario por otro extraordinario. El artículo 1.4 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio (LOEAES) expresamente asegura el «normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado», lo que incluye a los poderes territoriales (6), conclusión esta que resulta con claridad de los debates parlamentarios sobre la LOEAES (7). En este sentido, «los títulos competenciales» autonómicos y locales no quedan inmediatamente alterados por la situación jurídica de alarma. Así se declara expresamente en los reales decretos de alarma que «cada Administración conservará las competencias que le otorga la legislación vigente» (art. 6 del Real Decreto 463/2020 y art. 12 del Real Decreto 926/2020), si bien el «ejercicio» de esas competencias ordinarias sí queda parcialmente afectado.

7. La flexibilización del orden competencial ordinario se produce porque el artículo 116.1 CE contiene una «competencia extraordinaria, latente y general» del Estado, que se activa cuando el Gobierno declara el estado de alarma. Es una competencia no enunciada en el artículo 149.1 CE, pero no por ello menos legítima. Es cierto que, con carácter general, la jurisprudencia constitucional es reticente para identi-

(4) Véanse las decisiones autonómicas relatadas por NOGUEIRA LÓPEZ, A., «Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87 (2020), pp. 22-31 (p. 24); y LASAGABASTER HERRATE, I., «La respuesta a la pandemia del COVID-19 y el estado de las autonomías», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 19, 2020, pp. 127-153 (p. 133).

(5) En detalle, VELASCO CABALLERO, F., «Derecho local y COVID-19», *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 59, 2020, pp. 5-33.

(6) CRUZ VILLALÓN, P., «El nuevo Derecho de excepción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2, 1981, pp. 93-128 (p. 113).

(7) *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* núm. 160, de 21 de abril de 1981, p. 9876.

car títulos competenciales del Estado fuera del artículo 149.1 CE(8). Pero hay precedentes, como la competencia estatal sobre el dominio público estatal, que se ampara –entre otros preceptos– en el artículo 132 CE (SSTC 227/1988, FJ 14, y 1491/1991, FJ 7 C); o como la propia reserva de ley orgánica del artículo 81 CE, que también se entiende como una atribución competencial a favor del Estado (porque solo el Estado puede aprobar leyes orgánicas)(9). En este sentido, la competencia estatal general para gobernar en situación de alarma no es la simple competencia sobre seguridad pública que le atribuye en todo caso el artículo 149.1.14 CE. Es una competencia singular y extraordinaria, deducible del propio artículo 116 CE, que en su parca regulación siempre y solo hace referencia al Estado: en su remisión a una ley orgánica para regular los distintos estados de necesidad (ley orgánica que solo 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 solo quince días, salvo autorización parlamentaria de prórroga (art. 116.2 CE)(10).

8. En principio, la competencia estatal general durante el estado de alarma puede referirse a «cualquier materia». Incluso cuando la materia en cuestión esté ordinariamente atribuida a una comunidad autónoma o las entidades locales. Así, la interrupción de toda la actividad educativa presencial, a la que se refería el artículo 9.1 del Real Decreto 463/2020, parece claro que afecta a las competencias de las diversas Comunidades Autónomas. De hecho, ya en los días previos a la declaración del primer 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 de 2020). 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. Significa, más simplemente, que con la declaración de alarma se ha activado una competencia «potencialmente extensa» del Estado, directamente derivada del artículo 116 CE. 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. Aunque el ejercicio de esas competencias puede quedar afectado por las medidas que, durante el estado de alarma, pueda dictar el Gobierno o sus «autoridades delegadas». En este sentido, el orden competencial ordinario no queda en suspenso durante un estado de alarma, aunque sí se flexibiliza para dar cabida a una nueva competencia emergente del Estado, directamente derivada del artículo 116 CE. La flexibilización –que no suspensión de las competencias territoriales– presenta tres rasgos característicos. En primer lugar, la afectación de las competencias territoriales (autonómicas y locales) solo se produce en relación con las concretas medidas de alarma dictadas por el Gobierno; en segundo lugar, la flexibilización supone solo un desplazamiento de las previas decisiones autonómi-

(8) MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y de Derecho Público General*, vol. III, Madrid, Iustel, 2009, p. 319 (§ 687).

(9) Véase, para el inicio de la jurisprudencia constitucional: VIVER I PI-SUNYER, C., *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1989, p. 15.

(10) VELASCO CABALLERO, F., «Estado de alarma y distribución territorial del poder», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87, 2020, pp. 78-87 (p. 80).

cas y locales, no su derogación ni su anulación; en tercer lugar, la afección de las competencias municipales puede ser ampliamente graduada por el Gobierno.

9. En primer lugar el simple «apoderamiento» del Estado *ex* artículo 116 CE no impide que, allí donde no exista una medida de alarma dictada por el Gobierno, pueda actuar 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 sanitaria.

10. En segundo lugar, la activación de la competencia estatal extraordinaria, derivada del artículo 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 (11). 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» al que luego se hará referencia especial (*infra* § 13 ss.).

11. Por último, la flexibilización competencial en el estado de alarma también se expresa en la posibilidad de que el Gobierno, en el correspondiente Real Decreto de alarma, incorpore en mayor o menor medida a las «autoridades autonómicas» (e incluso locales). De un lado, el artículo 7 LOEAES expresamente prevé que el Gobierno delegue la ejecución de un estado de alarma en «los presidentes» de las Comunidades Autónomas. Esto permite que, al menos por vía de delegación, la autoridad ordinaria máxima de cada comunidad participe en la ejecución del estado de alarma. Al margen de esta delegación expresamente prevista en el artículo 7 LOEAES, el artículo 9.1 LOEAES también permite articulaciones muy diversas entre la competencia general del Estado (art. 116 CE) y las competencias ordinarias autonómicas y locales. En efecto, el artículo 9.1 LOEAES expresamente dispone que todas las autoridades civiles quedan «a las órdenes» del Estado. Sentada la posible subordinación jerárquica de todas las autoridades autonómicas y locales respecto del Gobierno, también es posible que, «en lugar de tal sometimiento jerárquico», el correspondiente real decreto de alarma defina una posición más cualificada para las autoridades territoriales. Cabe en este sentido no solo la delegación, sino también la encomienda de gestión y formas híbridas o *ad hoc* de colaboración autonómica y local en la ejecución de las medidas de alarma.

2. FLEXIBILIZACIÓN COMPETENCIAL FUERA DEL RÉGIMEN DE ALARMA

12. La flexibilización competencial no solo se ha producido en aplicación de los estados de alarma. También se ha producido en los lapsos de pandemia «sin estado de alarma» y en relación con aquellas medidas gubernativas que, aunque dictadas durante la vigencia de un estado de alarma, no guardan directa relación con el contagio del virus (pues solo para este fin se activa la competencia extraordinaria

(11) LASAGABASTER HERRATE, I., «La respuesta a la pandemia...», cit., p. 138.

del Estado *ex art.* 116 CE). Así, el Estado ha tomado numerosas decisiones, normativas o ejecutivas, «de carácter social», para paliar o corregir algunos efectos dramáticos de la pandemia. Parece claro que estas medidas no están amparadas por la competencia estatal general *ex artículo* 116 CE, pues no se dirigen a evitar los contagios o sanar a los enfermos, sino a solucionar problemas sociales colaterales. Siendo esto así, no está claro cuál es el título competencial del Estado en una materia («servicios sociales») que los estatutos de autonomía atribuyen por entero a las correspondientes comunidades. También, durante el estado de alarma el Estado adoptó medidas sobre los planes de vivienda (para amparar a personas en situación de necesidad) (12) que no guardan relación con el único título competencial del Estado en la esta materia («bases y coordinación de la economía», conforme al art. 149.1.13 CE). Recuérdese que la «vivienda» es una competencia exclusiva autonómica, y los planes estatales de vivienda (planes de subvenciones) solo se justifican por la relevancia económica de la construcción de viviendas de protección pública (13).

III. PREVALENCIAS

13. La pérdida de precisión en el orden competencial, bien por la activación de la competencia estatal general *ex artículo* 116 CE, bien por una relectura expansiva de los títulos competenciales ordinarios, ha dado lugar a múltiples supuestos de «conurrencia o conflicto» entre decisiones estatales y autonómicas (o entre decisiones estatales y autonómicas, de un lado, y decisiones locales, de otro lado). Durante el tiempo de la pandemia, los numerosos casos de concurrencia se han articulado, al menos provisionalmente, mediante criterios de «prevalencia». Esto es, no cuestionando el concreto amparo competencial de cada una de las disposiciones o resoluciones en concurrencia, sino dando preferencia aplicativa a una sobre otra. De esta forma, el criterio funcional de la prevalencia, bien conocido en sistemas federales y supranacionales con atribuciones competenciales difusas o imprecisas (14) [tal es el caso de la *preemption* norteamericana (15) o de la primacía europea (16)] ha ganado un protagonismo desconocido hasta hoy en España. Hasta ahora, la prevalencia del Derecho estatal respecto del autonómico, directamente mencionada en el artículo 149.3 CE para los conflictos normativos entre el Estado y las comunidades autónomas, se ha circunscrito a unos pocos supuestos de concurrencia competencial

(12) Disposición adicional 1.^a del Real Decreto-ley 37/2020, de 22 de diciembre.

(13) SSTC 152/1988, FJ 2; 94/2013, FJ 9; 141/2014, FJ 5.c).

(14) Por todos, ARROYO GIL, A., «Los principios de competencia y prevalencia en la resolución de los conflictos competenciales. Una relación imposible», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 80, 2007, pp. 407-435.

(15) VELASCO CABALLERO, F., «Un ejemplo de funcionamiento de la “preemption” norteamericana: la regulación de la inmigración», *Revista d’estudis autonòmics i federals*, núm. 13, 2011, pp. 11-50 (p. 20).

(16) Por último: SKOURIS, V., «Der Vorrang des Europäischen Unionsrechts vor dem nationalen Recht. Unionsrecht bricht nationales Recht», *Europarecht*, núm. 1, 2021, pp. 3-27.

pura(17), de la que incluso se ha excluido, muy significativamente, la relación entre normas básicas (estatales) y normas autonómicas (de desarrollo). Así, conforme a la jurisprudencia constitucional, las normas básicas posteriores no se limitan a desplazar la aplicación de las normas autonómicas anteriores, sino que las hacen «sobrevnidamente inconstitucionales y nulas», porque las bases estatales son parámetro de validez de las normas autonómicas de desarrollo(18). Este es un criterio jurisprudencial constante del Tribunal Constitucional que solo reciente y tímidamente ha empezado a incorporar algunas excepciones(19). El criterio general es, hasta hoy, que dos entidades públicas no pueden –al menos no normalmente– regular o decidir sobre un mismo objeto o realidad. O es competente una o es competente la otra. Y si una entidad no es competente, las decisiones adoptadas sin amparo competencial son inválidas(20). No es que esas decisiones resulten ineficaces, sino que son inválidas. Y tal conclusión de invalidez y consiguiente nulidad solo la pueden declarar los tribunales (en especial, cuando se trate de leyes, el Tribunal Constitucional). Pues bien, esta comprensión de la distribución territorial del poder en términos de validez competencial, y no de simple prevalencia o preeminencia de unas normas o decisiones sobre otras, se ha edulcorado mucho durante la pandemia. Esto es muy claro y estructural en relación con las medidas de alarma. Pero incluso fuera de los estados de alarma los títulos competenciales han perdido parte de su eficacia directiva ordinaria. De un lado, porque la inmediatez de las medidas de emergencia sanitaria o socio-económica reduce al mínimo la autocomprobación competencial previa(21); de otro lado, porque la emergencia impulsa una comprensión extensa de los títulos competenciales propios. Se podría afirmar, en suma, que en situaciones extraordinarias y perentorias fácilmente puede ocurrir que dos entidades públicas adopten sendas decisiones incompatibles o incoherentes. Y que los destinatarios de los mandatos (los ciudadanos o los órganos administrativos) tengan que aplicar uno e inaplicar otro. Bien puede ser que, tras un juicio de validez *ex post* (por un tribunal) resulte que uno de los dos mandatos en competencia era inválido, porque quien lo dictó no tenía competencia suficiente para hacerlo. Pero «interinamente» –y esto es lo que cuenta en una situación de emergencia– quien recibe dos mandatos incompatibles debe aplicar uno e inaplicar otro. De esta forma, si bien un conflicto de normas o mandatos puede resolverse mediante parámetros de validez competencial, provisionalmente es necesario servirse de criterios más sencillos y asequibles: de aplicabilidad, preeminencia o prevalencia.

(17) FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Colisiones normativas y primacía del Derecho estatal», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. I, Civitas, Madrid, 1991, pp. 537-567 (p. 564); GARCÍA MORALES, V., *Prevalencia en la planificación territorial*, Tecnos, Madrid, 2019, p. 53; LASAGABASTER HERRATE, I., *El principio de primacía en la Constitución de 1978*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2018, pp. 52 ss.

(18) SSTC 1/2003, FJ 9; 66/2011, FfJ 7 y 8.

(19) SSTC 102/2016, FJ 6; 204/2016, FJ 3. Véase no obstante la posterior STC 1/2017, FJ 5, y el comentario a ella en LASAGABASTER HERRATE, I., *El principio de primacía*, cit., p. 86.

(20) En extenso: RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., «Sistema de fuentes del Derecho administrativo», en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., DOMÉNECH PASCUAL, G, y ARROYO JIMÉNEZ, L. (eds.), *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen I, Introducción, Fundamentos, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 765-848, p. 789, § 60.

(21) MARTÍN I ALONSO, G., «El estado de alarma...», cit. p. 83.

1. PREVALENCIA DE LAS MEDIDAS ESTATALES DURANTE EL ESTADO DE ALARMA

14. Ya se ha dicho antes que, conforme al artículo 4.1 LOEAES, la declaración del Estado de alarma no suspende ni elimina las competencias autonómicas ni locales. De esta forma, bajo el estado de alarma cada Comunidad Autónoma, provincia, territorio histórico, isla, municipio o comarca «puede seguir ejerciendo sus competencias ordinarias». Pero 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.

15. La prevalencia inmediata de las medidas estatales no quita para que, *a posteriori*, se pueda enjuiciar la validez de la actuación estatal. El límite de validez en la competencia estatal general (*ex art.* 116 CE) está, sobre todo, 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 sanitaria). En este sentido, el artículo 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». Con ello se admite que la proporcionalidad es un principio normativo que no solo protege a los ciudadanos frente al poder. También rige en las relaciones entre poderes públicos (22). 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 solo es plenamente lícita en la medida en que el sacrificio de las competencias autonómicas o locales sea proporcionado. Esto es, solo 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 todo caso, esta posible valoración sobre la validez competencial de las medidas de alarma es *ex post*. En el momento en el que se dictan, las medidas de alarma del Gobierno simplemente prevalecen (desplazan, se imponen) sobre cualesquiera otras normas o decisiones autonómicas y locales.

(22) VELASCO CABALLERO, F., «Método de la ponderación y sistema competencial», en ORTEGA ÁLVAREZ, L. I. y DE LA SIERRA, S., *Ponderación y Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, pp. 135-158 (p. 155). Otra opinión: SARMIENTO, D., «El principio de proporcionalidad y la defensa de la autonomía local», *Revista de Administración Pública*, núm. 162, 2003, pp. 145 ss.

2. PREVALENCIAS PROVISIONALES FUERA DEL ESTADO DE ALARMA

16. Fuera de los estados de alarma, el Estado y las Comunidades Autónomas con frecuencia dictan «mandatos solapados». Esto es, un mismo o similar mandato –o mandatos distintos en un mismo asunto– se dictan por el Estado y por una comunidad autónoma. Ante esta realidad, se pueden plantear dos hipótesis: que o bien el Estado o bien la comunidad autónoma se haya excedido en el ejercicio de su competencia; o que tanto el Estado como la correspondiente comunidad autónoma están actuando válidamente dentro de los límites de sus competencias, aunque al concurrir las dos competencias sobre un mismo objeto o realidad es necesario reconocer prevalencia a alguno de los dos mandatos. Como ya se dijo más arriba, en Derecho español ha primado, hasta ahora, una comprensión rigurosa del orden competencial, reconduciendo los solapamientos o concurrencias a una cuestión de estricta «validez», a la correcta interpretación de cada título competencial en juego. De esta manera, toda concurrencia de normas o decisiones encubriría una nulidad de origen: o el Estado o la comunidad autónoma han actuado sin título competencial suficiente, y por tanto de forma inválida. Siendo esto cierto, también lo es que los conflictos de validez solo se pueden resolver por los tribunales. Y los tribunales solo actúan *ex post*, cuando hay una previa actuación o decisión impugnada. Esto significa que en un primer momento, cuando la Administración aplicativa tiene ante sí dos normas de distinta procedencia y no plenamente coincidentes, ha de preferir la aplicación de una, frente a la otra. Se da así una «prevalencia aplicativa interina» de una norma o decisión, frente a otra. Podría pensarse que esa prevalencia interina cae siempre del lado de la norma estatal, con apoyo en el artículo 149.3 CE (23). Pero la práctica muestra que esto no es así. Más bien, en la práctica se puede observar la aplicación general de «la última norma o decisión dictada», sea esta estatal o autonómica. Véase seguidamente la acumulación de mandatos sobre el uso obligatorio de las mascarillas.

17. Desde la aprobación del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, regía en toda España el «deber de llevar mascarilla» en los espacios abiertos, siempre que la distancia interpersonal fuera inferior a 1,5 metros (art. 6). Este deber general es eficaz desde la extinción del primer estado de alarma. Por tanto, su fundamento constitucional no está en el artículo 116 CE, sino en el artículo 149.1.16 CE (bases y coordinación de la sanidad). En el mismo artículo 6 del Real Decreto-ley 21/2020 se enunciaban algunas excepciones, aparentemente tasadas. Una vez aprobado y en vigor el Real Decreto-ley 21/2020, todas las Comunidades Autónomas dictaron también decretos, órdenes de consejería o resoluciones en los que se reproducía el mandato estatal. En muchos casos, la reproducción del mandato estatal es literal. En otros casos, se introdujo alguna excepción adicional al uso de mascarillas. Así, por ejemplo, en Andalucía se amplía la obligación general de usar mascarillas con independencia de la distancia interpersonal; y en cambio, se añade la excepción de que «no será exigible el uso de la mascarilla en las playas y piscinas durante el baño y mientras se permanezca en un espacio determinado, siempre y cuando se

(23) MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho de las Comunidades Autónomas*, vol. I., 2.ª edición, Iustel, Madrid, 2007, p. 596.

pueda respetar la distancia de seguridad interpersonal entre los usuarios...» (24). Posteriormente, las Cortes Generales han aprobado la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, en la que de nuevo se impone el uso general de la mascarilla (art. 6). En esta ocasión, la ley incluye el deber de usar mascarilla también cuando la distancia interpersonal sea superior a 1.5 metros. Además, la Ley 2/2021 contiene un número tasado de excepciones, y entre ellas no se cuenta la estancia en playas y piscinas. Visto el solapamiento de deberes, se plantean varias cuestiones competenciales primarias: la facultad de una Comunidad Autónoma para fijar excepciones (al uso obligatorio de mascarillas) que no figuran en la norma estatal; y la posterior facultad del Estado para eliminar la excepción de uso de mascarillas añadida por una norma autonómica.

18. Realidades como la descrita se pueden analizar y valorar conforme al orden constitucional de competencias. Pero la realidad muestra que en situaciones de «emergencia», cuando las disposiciones normativas se producen y suceden de forma acelerada, y cuando es difícil generar criterios jurisdiccionales de validez de forma tempestiva, el orden competencial pierde capacidad directiva para la Administración aplicativa, siendo necesario acudir a «criterios sencillos de prevalencia» que orillen la complejidad e impracticabilidad de los criterios de validez competencial. Esto ocurre especialmente allí donde el orden competencial es impreciso e inestable. Por ejemplo, cuando –como es ahora el caso– el Estado dispone de competencias básicas y las comunidades autónomas competencias de desarrollo y ejecución que dependen de «bases volátiles», dictadas en contextos de emergencia. Así ocurre, con los sucesivos mandatos (básicos) de uso de mascarillas, que no siempre son coherentes con los deberes contenidos en disposiciones autonómicas. Como en seguida se explica, las antinomias sobre el deber de usar mascarillas no se están solucionando mediante criterios de validez competencial, sino a través de un criterio de prevalencia temporal: se aplica «la norma posterior» en el tiempo.

a) El mandato estatal de uso de mascarillas en espacios libres, para distancias interpersonales inferiores a 1.5 metros y con un catálogo tasado de excepciones (art. 6 del Real Decreto-ley 21/2020) tiene amparo en la competencia sobre bases de la sanidad (art. 149.1.16.^a CE). Se trata de una norma básica, no de coordinación (el otro título competencial del Estado en el art. 149.1.16.^a CE). Las disposiciones autonómicas posteriores se pueden calificar como de desarrollo y la ejecución de la norma básica estatal. En consecuencia, entrando en juego el binomio «bases + desarrollo» se podría afirmar que toda disposición autonómica que exceptúe una norma básica estatal es, por definición, «inconstitucional» (por no respetar la competencia básica estatal que ampara al mandato de uso de mascarillas con excepciones tasadas). Sin embargo, la realidad muestra que sistemáticamente se ha aplicado la excepción autonómica (pese a ser contraria a la base estatal). Aun siendo clara la

(24) Orden de 14 de julio de 2020, sobre el uso de la mascarilla y otras medidas de prevención en materia de salud pública para hacer frente al coronavirus (COVID-19) y por la que se modifica la Orden de 19 de junio de 2020. Otras órdenes autonómicas han suprimido también el mínimo exento de 1,5 metros, pero no han incluido la excepción de las playas. Así, la Comunidad Valenciana: Resolución de 26 de febrero de 2021, de la Consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se establecen medidas relativas al uso de la mascarilla para la contención del brote epidémico de la pandemia de COVID-19 [2021/1932].

inconstitucionalidad de la excepción autonómica para el uso de mascarillas en las playas, lo cierto es que tal excepción prevalece en la práctica: es la pauta normativa que de hecho siguen las Administraciones autonómicas y locales (en especial, las policías locales). En términos de validez competencial, la aplicación de la excepción autonómica (frente a la regla general estatal) es difícilmente explicable. Y sin embargo, es real. Simplemente muestra la predisposición institucional de las Administraciones autonómicas (y en menor medida, las locales) a cumplir la disposición «posterior y más específica» (la autonómica) frente a la previa y más general (la estatal). Ante una norma estatal y otra autonómica en posible colisión, la Administración autonómica no puede cuestionar la validez competencial de ninguno de los mandatos. Está obligada a aplicar uno de los dos. En esa opción, aplicar la norma estatal incluiría un «reproche implícito a la validez» de la norma autonómica. En cambio, aplicar la norma autonómica posterior no incluye ningún reproche de validez a la norma estatal (que hipotéticamente podría exceder de la competencia básica estatal). Aquí el órgano administrativo se limita a cumplir «el último mandato» normativo vinculante. Y esto es plenamente razonable. Por supuesto que luego los tribunales podrán declarar la nulidad de las actuaciones administrativas, por haber aplicado normas autonómicas inconstitucionales. Mas este posible juicio de validez *ex post* no puede ser anticipado por el órgano administrativo llamado a aplicar las normas en conflicto. Con carácter general, y más aún en situación de emergencia, el principio de legalidad (art. 103.1 CE) se satisface aplicando el mandato posterior y más específico.

b) La Ley 2/2021, de 29 de marzo, en la medida en que impone el uso de mascarillas en cualquier espacio público (incluidas las playas y piscinas) y para cualquier distancia interpersonal (no solo para menos de 1,5 metros) entra en colisión con las excepciones autonómicas (como la andaluza ya mencionada). Formalmente, la nueva norma básica estatal está provocando la «inconstitucionalidad sobrevenida» de la previa disposición autonómica que anteriormente exceptuaba el uso de mascarillas en algunos espacios públicos. Por eso, lo procedente es que cada comunidad autónoma modifique sus normas de uso de mascarillas, para adaptarlas a la regulación estatal (25). Pero es posible que esa adaptación no se produzca, o se

(25) Por ejemplo, para Galicia, la Orden de la Consellería de Sanidad de 9 de abril de 2021 por la que se modifica el anexo del Acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia, de 12 de junio de 2020, sobre medidas de prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Esta Orden, aunque invoca el acuerdo del pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud de 7 de abril de 2020, es dudosamente coherente con el artículo 6 de la Ley 2/2020. Así en el apartado 1 de la Orden, por la que se da nueva redacción a la Orden de 12 de junio de 2020, se considera una actividad incompatible con el uso de mascarilla (y por tanto se exceptúa el deber de llevarla) la simple permanencia «en el mar, playas y piscinas, en el exterior o cubiertas, lagos, embalses, ríos o en otras zonas de baño (...) mientras se permanezca en un espacio determinado, sin desplazarse, y siempre que se pueda garantizar el respeto de la distancia de seguridad interpersonal entre todas las personas usuarias no convivientes». Es claro que esta actividad se tolera en la Orden gallega no porque ontológicamente sea incompatible con el uso de la mascarilla, sino porque se considera de poco riesgo. Pero lo cierto es que el catálogo de excepciones en el artículo 6 de la Ley 2/2020 es mucho más reducido: «Tampoco será exigible en el caso de ejercicio de deporte individual al aire libre, ni en los supuestos de fuerza mayor o situación de necesidad o cuando, por la propia naturaleza de las actividades, el uso de la mascarilla resulte incompatible, con arreglo a las indicaciones de las autoridades sanitarias». Parece claro que la simple permanencia en la playa, a más de 1.5 metros de otras personas, no es una actividad «incompatible» con el uso de la mascarilla. En consecuencia, este supuesto,

retrase. Entre tanto, hay dudas sobre cuál es el deber que incumbe a los ciudadanos, de los dos en liza, y cuál ha de hacer cumplir la Administración. Pues bien, en tal situación es impropio de todo órgano administrativo valorar la posible inconstitucionalidad sobrevinida de una disposición autonómica vinculante. Esta es una función reservada a los tribunales. Pero sí es plenamente razonable que, ante la contradicción normativa, el órgano administrativo aplique la norma estatal «posterior». De esta manera, el criterio temporal suple transitoriamente las limitaciones propias de un orden competencial impreciso y muy dependiente de decisiones jurisdiccionales –sobre la validez competencial de cada norma– que difícilmente se pueden generar en una situación de emergencia.

IV. DELEGACIONES EJECUTIVAS A LOS PRESIDENTES AUTONÓMICOS

19. En el tercer estado de alarma, el declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, el Gobierno delegó en los presidentes autonómicos la ejecución de las medidas extraordinarias contra la pandemia (art. 2). Esa delegación contiene unos ciertos márgenes de opción o decisión sobre el posible alcance, en cada comunidad, de las medidas restrictivas de la libertad individual que contiene el propio Real Decreto 926/2020. Se trata de una «delegación especial», propia del orden jurídico extraordinario que establece la LOEAES. Su fundamento legal puede encontrarse en los artículos 7 o 9.1 LOEAES (26). En cualquiera de los dos casos, la LOEAES no define el régimen jurídico de esta delegación. Lo singular es que no se produce entre órganos de una misma entidad o Administración pública; ni entre dos entidades territoriales (Estado y comunidad autónoma). Es una delegación del Gobierno «a un concreto órgano de gobierno» de la comunidad autónoma (el presidente). Esta singularidad dificulta la definición de un régimen jurídico mediante la «analogía» con otras delegaciones sí expresamente reguladas en la Constitución o en las leyes: la delegación «orgánica» (regulada en el art. 9 LRJSP) y la delegación entre entidades públicas territoriales, como la delegación del Estado a las comunidades autónomas (art. 150.2 CE) o la delegación del Estado y las comunidades autónomas a los municipios (art. 27 LBRL).

20. En una decisión simplemente procesal, para determinar la propia competencia jurisdiccional, la Sala de lo Contencioso-administrativo del «Tribunal Supremo» ha declarado que el Decreto del Presidente de la Generalitat Valenciana 2/2021, de 24 de enero, dictado conforme al artículo 2 del Real Decreto 926/2020, se considera –a efectos meramente procesales– como dictado «en nombre» del Gobierno [y por tanto es impugnabile ante el Tribunal Supremo conforme al art. 12.1.a) LJCA] (27). Se aplica aquí por la Sala el criterio normativo del artículo 9.4 LRJSP, que expresamente establece que los actos dictados por el órgano administrativo delegado se consideran dictados por el órgano delegante. La Sala

aunque haya sido acordado por todas las comunidades autónomas en el seno del Consejo Interterritorial de Salud, excede abiertamente de lo dispuesto en la Ley 2/2021.

(26) LASAGABASTER HERRATE, I., «La respuesta a la pandemia...», cit., p. 142.

(27) ATS de 17 de febrero de 2021 (ECLI: ES: TS:2021:1853A).

es consciente de que el artículo 9.4 LRJSP solo rige en las delegaciones de órganos (o entidades subordinadas) de una misma Administración pública, y por ello no dice que sea aplicable el artículo 9.4 LRJSP, sino «el «principio» que recoge el artículo 9.4 de la Ley 40/2025». Esa opción jurisdiccional, si bien provisional y puramente instrumental (para determinar la propia jurisdicción del Tribunal Supremo, muestra un problema jurídico de fondo. En puridad, y más allá de las apariencias, las delegaciones entre órganos (de una misma Administración) y las delegaciones entre entidades públicas no son dos especies de un mismo género, sino dos actos jurídicos diferentes en su propia esencia. La llamada delegación orgánica (regulada en el art. 9 LRJSP) es un verdadero «mandato representativo», no una delegación en sentido estricto. En puridad, en la delegación orgánica, la regulada en el artículo 9 LRJSP, no hay traslado competencial alguno, sino actuación de un órgano por otro o «en nombre» de otro (art. 9.4 LRJSP). Frente a este mandato jurídico (la llamada «delegación orgánica») en la delegación *sensu stricto* sí hay dualidad: se traslada una competencia, o el ejercicio de una competencia, de una entidad a otra. La entidad delegada actúa «en su propio nombre», aunque sometida a posibles instrucciones y revocaciones por parte de la entidad delegante (28).

21. Vistas las diferencias esenciales entre el mandato o delegación orgánica y la delegación intersubjetiva (o delegación en sentido estricto) hay que plantearse si la delegación a que se refiere el Real Decreto 926/2020 es una delegación o mandato orgánico (y por tanto los presidentes autonómicos actúan como órganos del Estado central, «en nombre» del Gobierno) o si actúan al amparo de una delegación interadministrativa, y entonces los presidentes autonómicos actúan «en nombre propio», si bien bajo el control y la dirección del Gobierno estatal. En principio, y contra el criterio provisional expresado por el Tribunal Supremo, se puede considerar que la posición constitucional y estatutaria de cada presidente autonómico «como máxima autoridad de cada comunidad» y como autoridad ordinaria del Estado en su territorio (art. 152 CE) es contraria a la comprensión del presidente autonómico como mandatario del Gobierno, como órgano que actúa «en nombre» del Gobierno. De otro lado, en la única regulación constitucional directa sobre las delegaciones estatales a las comunidades autónomas (art. 150.2 CE) se parte implícita pero claramente de la existencia de un traslado competencial entre dos entidades que actúan, cada una de ellas, «en su propio nombre». De esta forma, mediante la ley orgánica de delegación se atribuye a la comunidad autónoma el ejercicio de funciones ejecutivas o de gestión bajo la dirección, planificación y control del Estado (29). Esas funciones se ejercen por la comunidad autónoma en su propio nombre, no «en nombre» del Estado. Dicho esto, si bien es cierto que el artículo 150.2 CE no es inmediatamente aplicable a las delegaciones del estado de alarma, sí muestra que para los traslados competenciales entre el Estado y las comunidades autónomas la Constitución parte implícitamente de la alteridad –y no de la identidad por representación– entre delegante y delegado.

(28) GALLEGO ANABITARTE, A., «Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda», *Revista de Administración Pública*, núm. 122, 1990, pp. 7-102 (p. 79).

(29) MONTILLA MARTOS, J. A., *Las leyes orgánicas de transferencia y delegación*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 298.

V. RELACIÓN LEY ORGÁNICA-LEY ORDINARIA

22. Para las medidas gubernativas restrictivas de derechos fundamentales no amparadas por un estado de alarma se ha planteado, desde el principio, qué tipo de ley, si «orgánica u ordinaria», debía autorizar tales medidas limitativas. Una buena parte de la doctrina académica se ha decantado por la ley orgánica, al menos en relación con las medidas más incisivas sobre la libertad individual, como el confinamiento o la vacunación obligatoria (30). En gran medida, la opción entre la ley orgánica y la ley ordinaria esconde una «preferencia competencial», pues solo el Estado –y no las comunidades autónomas– pueden aprobar leyes orgánicas. Con lo cual, abogar por una reserva de ley orgánica extensa e intensa supone, al mismo tiempo, reducir el ámbito de regulación de las comunidades autónomas (31). Lo cierto es que desde la STC 5/1981 hasta hoy, la jurisprudencia constitucional ha mantenido una interpretación «restrictiva» de la reserva de ley orgánica, sobre todo por el riesgo de petrificación del ordenamiento jurídico mediante leyes (como las orgánicas) que requieren de mayoría parlamentaria absoluta.

23. A partir de esta jurisprudencia se puede distinguir entre la regulación o el desarrollo «frontal» de un derecho fundamental (que está reservado a la ley orgánica en el art. 81 CE) y la «regulación del modo, tiempo o forma de ejercicio del derecho fundamental» lo que es posible mediante ley ordinaria al amparo del artículo 53.1 CE (STC 292/2000, FJ 11). Esta distinción se expresa con claridad en el Auto de Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 8.ª) núm. 128/2020, de 8 de octubre, apoyándose en la STC 53/2002, sobre restricciones a la libertad de los extranjeros autorizadas por la Ley (ordinaria) de Asilo. Con base en esta sentencia, y a la vista también de la posterior jurisprudencia constitucional sobre la complementariedad de la ley orgánica y la ley ordinaria (32) se puede considerar que para las medidas anti-contagio rigen dos reservas de ley (33). Es necesario, en primer lugar, que una ley orgánica autorice «de forma abstracta y general» la posible imposición de medidas restrictivas de derechos fundamentales por razones sanitarias. Esto es, corresponde a la ley orgánica fijar en abstracto los límites de los derechos fundamentales, cuando está en riesgo la vida (art. 15 CE) o la salud (art. 43 CE). Esta reserva de ley orgánica se cumple, en la actualidad, con el artículo 3 de la Ley orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública. A partir de ahí, las normas básicas estatales (como el art. 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y el art. 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de

(30) Respectivamente: DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «Estado autonómico y lucha contra la pandemia», en BIGLINO CAMPOS, P., y DURÁN ALBA, F., *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Jiménez Abad, Zaragoza, 2020, pp. 1-28 (p. 9); y COTINO HUESO, L., «La pandemia y la vacunación (I). Estrategia y obligatoriedad de la vacunación COVID-19: constitucionalidad y Comunidades Autónomas», *Blog de la Revista catalana de dret públic*, 7 de abril de 2021.

(31) LASAGABASTER HERRATE, I., «La respuesta a la pandemia...», cit., p. 137.

(32) SSTC 41/2016, FFJJ 3.a) y 15; y 111/2016, FJ 4.

(33) En este sentido, en relación con las medidas anticovid de la Ley gallega 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, expresamente: Dictamen del Consejo de Estado de 22 de marzo de 2021 (expediente 213/2021).

Salud Pública) o las leyes autonómicas sanitarias en el marco de las bases estatales (como la Ley gallega 8/2021, de 25 de febrero) pueden concretar, las «restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental» ante los riesgos concretos que resultan de las epidemias –en general– o de la COVID-19, en particular. Muy singularmente, las competencias legislativas de las comunidades autónomas en materia de sanidad permiten fijar los concretos límites y condiciones con que las respectivas Administraciones autonómicas y locales pueden, ante la específica situación de emergencia sanitaria provocada por la COVID-19, imponer restricciones de ejercicio de los derechos de reunión (art. 21 CE), movilidad (art. 19 CE), e incluso intimidad (art. 18.1 CE).

VI. COORDINACIÓN

24. Con la terminación del primer estado de alarma, las comunidades autónomas estaban llamadas a recobrar el protagonismo funcional en la lucha contra la pandemia. En este escenario, y ante la conveniencia de que tras el «mando único» estatal durante el estado de alarma la actuación autonómica fuera lo más armónica posible, el Real Decreto-ley 21/2021 reformó la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (en adelante LCC-SNS) para dar mayor alcance tanto a las llamadas «actuaciones coordinadas» como al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (CI-SNS), en el que están presentes las autoridades sanitarias autonómicas, además del Ministerio de Sanidad. El CI-SNS ha actuado tanto en el período de emergencia sanitaria sin estado de alarma (entre el 21 de junio y el 25 de octubre de 2020) como durante el tercer estado de alarma, el declarado mediante el Real Decreto 926/2020. En su seno se han adoptado diversas «declaraciones de actuaciones coordinadas», como las relativas a confinamientos municipales, aforos de centros religiosos y horarios de cierre de establecimientos comerciales (34), las referidas a la movilidad durante la semana santa de 2021 (ya vigente el tercer estado de alarma) (35) o las referidas a la estrategia de vacunación. Pero esos acuerdos no siempre han sido unánimes. En especial, la Comunidad de Madrid ha votado en varias ocasiones en contra de los acuerdos del Consejo Interterritorial. En este contexto se ha planteado el significado jurídico de los acuerdos de «actuaciones coordinadas» adoptados por el CI-SNS. Como en seguida se verá, las «actuaciones coordinadas» a las que se refiere el artículo 65 LCC-SNS no siempre son con «coordinación», en sentido técnico-jurídico. A veces expresan «cooperación».

(34) Resolución de 30 de septiembre de 2020, de la Secretaría de Estado de Sanidad, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre la Declaración de Actuaciones Coordinadas en Salud Pública para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-Cov-2, de fecha 30 de septiembre de 2020 (*BOE* núm. 260, de 30 de septiembre de 2020).

(35) Resolución de 11 de marzo de 2021, de la Secretaría de Estado de Sanidad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre la declaración de actuaciones coordinadas frente a la COVID-19 con motivo de la festividad de San José y de la Semana Santa de 2021 (*BOE* núm. 61, de 12 de marzo de 2021).

25. En materia de sanidad el Estado tiene «dos competencias diferenciadas» (art. 149.1.16.^a CE). Una es la competencia para dictar las «bases» de la sanidad. Otra es la competencia exclusiva de «coordinación general» de la sanidad. Como se ha dicho ya en la jurisprudencia, son competencias diferenciables (36). Tras algunas dudas iniciales, se puede afirmar hoy que la competencia estatal de coordinación general de la sanidad no es un simple «método de actuación» de la competencia básica estatal sobre sanidad (37), sino una competencia estatal diferenciada. Una competencia que incluye la «facultad de dirección» gubernativa o administrativa del sistema sanitario en su conjunto (38). De este modo, la competencia «básica» *ex* artículo 149.1.16.^a CE permite al Estado fijar –normalmente mediante normas con rango de ley– principios o estándares sanitarios u organizativos mínimos. Pero, por ser una competencia básica, normalmente no autoriza para adoptar decisiones ejecutivas. La otra competencia, la de «coordinación general» de la sanidad, es bien distinta de la anterior. Y sí puede amparar algunas decisiones gubernativas, ejecutivas o administrativas singulares por parte del Estado (39), aunque esas medidas deben ser muy contenidas, pues toda medida de coordinación supone un cierto sacrificio de las competencias autonómicas coordinadas. Lo dicho sirve para destacar que, esté o no previsto expresamente en una ley, el Estado puede dictar medidas de coordinación sanitaria *ex* artículo 149.1.16.^a CE, si bien esas medidas serán inconstitucionales cuando contengan un sacrificio desproporcionado de las competencias sanitarias de las Comunidades Autónomas.

26. Sentado que el artículo 149.1.16 CE permite al Estado adoptar decisiones administrativas de coordinación sanitaria (y no solo bases normativas), en un segundo nivel de análisis jurídico hay que analizar cuál es el verdadero alcance de las «declaraciones de actuaciones coordinadas» a las que se refiere el artículo 65 LCC-SNS. Para ello hay que poner en relación la regulación del CI-SNS con el régimen general de las conferencias sectoriales (art. 151.2 LRJSP). A partir de estos dos textos legales podemos diferenciar «tres» posibles formas de «actuaciones coordinadas». Una es propiamente cooperativa, las otras dos son de coordinación.

27. Tenemos, en primer lugar, los acuerdos sanitarios «cooperativos» en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. En el artículo 65 LCC-SNS se prevé, en primer lugar, que por «acuerdo» de las consejerías autonómicas y el Ministerio de Sanidad, se pueden declarar «actuaciones coordinadas». Formalmente, quien «declara» las «actuaciones coordinadas» es el Ministerio, pero su contenido lo «acuerda» el Consejo Interterritorial. Aunque la terminología no es precisa, aquí el Consejo Interterritorial actúa como un órgano de «cooperación», esto es, como un tipo especial de conferencia sectorial, regulada con carácter general en el artículo 151.2.a) 1 LRJSP, que adopta acuerdos vinculantes solo para las partes que lo suscriben. Esto es, el Consejo Interterritorial actúa como

(36) SSTC 82/1983, FJ 2; 22/2012, FJ 3; 33/2017, FJ 4; 149/2017, FJ 3.

(37) Así la califica MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, vol. I, 2.^a edición, Iustel, Madrid, 2007, p. 788.

(38) La progresiva identificación de la coordinación con la idea de dirección funcional, en COVILLA MARTÍNEZ, J. C., *Coordinación y autonomía en la Administración Pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, p. 68; SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte General*, 16.^a ed., Tecnos, Madrid, 2020, p. 264.

(39) MUÑOZ MACHADO, S., «El poder y la peste», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 90-91, 2020, pp. 114-131 (p. 124).

órgano de cooperación en el que voluntariamente las autoridades autonómicas – junto con el Ministerio de Sanidad– acuerdan ejercer sus respectivas competencias sanitarias de una manera uniforme o alineada. Ese «acuerdo» al que llegan las autoridades autonómicas y el Ministerio vincula a cada una de las consejerías participantes (y al Ministerio de Sanidad) precisamente porque el «acuerdo» expresa la voluntad convencional de cada Comunidad Autónoma de vincularse a una determinada forma de ejercer su competencia. En este sentido, una Comunidad Autónoma que no ha suscrito el «acuerdo» no está vinculada por él.

28. Tenemos también en el artículo 65 LCC-SNS, otras dos formas de «actuaciones coordinadas» que sí responden al concepto constitucional de «coordinación». En el primer caso, ese poder de coordinación se ejerce necesariamente «a propuesta» o previo acuerdo en el seno del CI-SNS. En el segundo caso, las «actuaciones coordinadas» las declara «directamente» el Ministro de Sanidad, sin previo acuerdo o propuesta en el seno del CI-SNS. En ambos casos el Ministerio de Sanidad ejerce la competencia de coordinación sanitaria que atribuye al Estado directamente el artículo 149.1.16.^a Ocurre, simplemente, que las leyes (la LCC-SNS y la LRJSP) constriñen más o menos ese poder de coordinación estatal. De esta manera, solo en supuestos de «urgente necesidad» puede el Ministerio coordinar unilateralmente a las autoridades sanitarias autonómicas, sin previo acuerdo del Consejo Interterritorial de Salud. En los demás casos, la competencia de coordinación del Ministerio de Sanidad necesitará de una previa propuesta o acuerdo de la mayoría de las comunidades autónomas en el seno del CI-SNS. Como sigue.

a) Tenemos, en primer lugar, que el artículo 151.2.a) 2 LRJSP se refiere a los acuerdos adoptados por las conferencias sectoriales en materias en las que el Estado cuenta con «funciones de coordinación». Tal es el caso de la sanidad, conforme al artículo 149.1.16.^a CE. En este caso, y de nuevo conforme al artículo 151.2.a) 2 LRJSP, los acuerdos de la conferencia sectorial (como en este caso el CI-SNS) son «de obligado cumplimiento» para todas las comunidades autónomas. Por tanto, no solo para las que están conformes. En este caso, y pese a las apariencias, no es la conferencia sectorial, sino el correspondiente Ministerio, quien adopta la decisión (en nuestro caso, la «declaración de actuaciones coordinadas») «en el seno de» la conferencia sectorial, «o previo acuerdo mayoritario de» la conferencia sectorial. Textualmente, el Consejo Interterritorial no declara actuaciones coordinadas, sino que acuerda por mayoría (y el matiz lingüístico es expresivo) «que sean declaradas como actuaciones coordinadas...». O, como dice el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, «(...) el Ministro de Sanidad «aprueba» la Declaración de Actuaciones Coordinadas aprobadas en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, «obligando» con ello a las comunidades autónomas destinatarias» (40). La discusión y participación de las comunidades autónomas en la formación de las «actuaciones coordinadas» no contradice el carácter unilateral, por el ministro, de la «declaración» de actuaciones coordinadas. Coordinación estatal (unilateral) y búsqueda del acuerdo o consenso con las entidades coordinadas no son categorías in-

(40) Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 8) núm. 128/2020, de 8 de octubre de 2020 (ECLI: ES: TSJM:2020:308A).

compatibles, sino plenamente complementarias (41). Es constitucionalmente imposible que un grupo de comunidades autónomas, ejerciendo sus competencias a través de una conferencia sectorial, impongan mandato alguno a otras comunidades autónomas. Esto es, una mayoría de comunidades autónomas (más el Ministerio de Sanidad) no puede dictar ninguna decisión vinculante para otras comunidades autónomas. En estos casos ocurre, más bien, que el acuerdo de la conferencia sectorial contiene una «propuesta» –de la mayoría de las autoridades autonómicas– para que el Ministerio ejerza su competencia exclusiva de coordinación unilateral en un determinado sentido. De esta forma se consigue que la competencia de coordinación del Ministerio, que necesariamente percute sobre las competencias autonómicas, contenga el menor sacrificio posible de esas competencias autonómicas (42). Quien decide, quien declara «actuaciones coordinadas» con carácter vinculante, es la Ministra. Pero «solo previa propuesta o acuerdo mayoritario» de las comunidades autónomas presentes en la conferencia sectorial (en nuestro caso, en el Consejo Interterritorial del SNS). En tal caso, una comunidad autónoma contraria a una concreta «actuación coordinada» está obligada a cumplirla, pese a votar en contra en el pleno del CI-SNS. Pero no porque dicha actuación esté apoyada por la mayoría de las comunidades, sino porque la impone la Ministra de Sanidad, actuando en el seno del Consejo Interterritorial o, simplemente, a propuesta de la mayoría de las comunidades del CI-SNS.

b) Por último, el artículo 65.1 LCC-SNS también regula expresamente una segunda forma de «coordinación» sanitaria. Se prevé en la última frase del artículo 65.1 LCC-SNS que en situaciones de «urgente necesidad» el Ministro de Sanidad puede «declarar actuaciones coordinadas» de forma inmediata, sin previa propuesta del Consejo Interterritorial. Esta decisión ministerial vincula a todas las autoridades sanitarias autonómicas. Estamos en este caso, de nuevo, ante la competencia de coordinación que expresamente atribuye el artículo 149.1.16.^a CE al Estado. En este sentido, el artículo 65 LCC-SNS no atribuye por sí ninguna competencia de coordinación al Ministerio, pues tal competencia proviene directamente del artículo 149.1.16.^a CE. El artículo 65 LCC-SNS simplemente regula el ejercicio de esa competencia. Y lo hace, dentro las opciones posibles, limitando el ejercicio de la potestad ministerial de coordinación a situaciones de «urgente necesidad». Es cierto que el artículo 65.1 LCC-SNS podría, dentro de los límites de la competencia estatal de coordinación *ex* artículo 149.1.16.^a, haber atribuido más facultades de coordinación al Ministerio. Pero sentado ya que en todo caso esas facultades de coordinación tienen que ser proporcionadas (porque en su ejercicio se sacrifican competencias sanitarias autonómicas), la opción legislativa del artículo 65.1 LCC-SNS ha sido, precisamente, constreñir lo máximo posible, solo para situaciones por completo extraordinarias, la potestad de actuación unilateral (coordinación) del Ministerio, sin ni siquiera propuesta previa del Consejo Interterritorial del SNS.

(41) SÁNCHEZ MORÓN, M., «La coordinación administrativa como concepto jurídico», *Documentación Administrativa*, núms. 230-231, 1992, pp. 11-30 (p. 22).

(42) DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «Estado autonómico y lucha contra la pandemia», cit., p. 6.

VII. ADMINISTRACIÓN INDIRECTA

29. Las diversas medidas adoptadas para combatir la epidemia y sus consecuencias socio-económicas están demandando una amplia actividad administrativa. A veces, de la propia entidad territorial que ha adoptado las medidas. Otras veces, las medidas extraordinarias se ejecutan por órganos de otras Administraciones públicas. Es muy expresiva, en este sentido, la vasta actividad de las policías autonómicas y locales para el control de las restricciones estatales de movilidad. Incluso la inminente actuación estatal de reconstrucción económica, en ejecución del Plan de Recuperación para Europa (*Next Generation EU*), define a las Administraciones autonómicas y locales como agentes proponentes y/o ejecutores de decisiones estatales. Esto es, más como instrumentos de la política económica estatal que como entidades autónomas. De una u otra forma, entonces, se están multiplicando los supuestos en los que un órgano administrativo actúa «al servicio», como instrumento o agente, de una Administración pública distinta de la propia. Vamos a analizar este fenómeno primero en relación con las medidas contra la epidemia, y luego mencionaremos la articulación administrativa en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

1. SUBORDINACIÓN Y COLABORACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE EMERGENCIA SANITARIA

30. Según los casos, la ejecución de las medidas antipandemia por Administraciones públicas distintas de las que las adoptan son reconducibles a tres categorías competenciales diferenciables: ejercicio de una competencia «ejecutiva» propia; «subordinación instrumental» a otra entidad o Administración pública; y «colaboración» con otra Administración pública.

31. En efecto, en ocasiones la actividad administrativa ejecutiva resulta de una competencia administrativa o ejecutiva «propia» (de la Administración ejecutora) distinta de la competencia para dictar las medidas o disposiciones de emergencia. Así, al amparo de las leyes autonómicas de servicios sociales las autoridades autonómicas adoptan medidas cuya ejecución administrativa corresponde, al menos en parte, a los ayuntamientos. En estos casos, los ayuntamientos actúan bajo su «propia responsabilidad» y al amparo de una competencia propia, si bien esa competencia consiste precisamente en cumplir o ejecutar las decisiones de otra Administración. Otras veces, una Administración pública actúa no en ejercicio de una competencia propia, sino «al servicio» de una competencia ajena. Bien en posición de plena subordinación, bien como colaboradora de otra Administración. Estas dos últimas formas de actuación administrativa ejecutiva han cobrado una relevancia inusitada durante la pandemia. Ambas responden a la idea general de «Administración indirecta», y en ellas vamos a centrar el análisis que sigue.

32. Sin duda que, durante los tres estados de alarma, las Administraciones autonómicas y locales han actuado, con distinto alcance en cada caso, como «Administración indirecta del Estado». De acuerdo con lo previsto en el artículo 9.1 LOEAS, todas las autoridades y empleados públicos, de cualesquiera Adminis-

traciones públicas, actúan con «plena subordinación» a las distintas autoridades ministeriales «delegadas».

33. «Fuera del estado de alarma», tanto el Estado como cada comunidad autónoma pueden adoptar medidas de salud pública, contra el contagio del virus. De un lado, todas las comunidades autónomas tienen atribuida en sus estatutos la competencia ejecutiva en materia de sanidad. De otro lado, también el Estado puede dictar unilateralmente medidas extraordinarias ante «emergencias de salud pública» (art. 52 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública: LGSP) y sobre cualesquiera «emergencias de carácter nacional» (arts. 28 a 30 de la Ley 17/2015, del Sistema Nacional de Protección Civil: LSNPC). De hecho, tras la terminación del primer estado de alarma todas las comunidades autónomas han adoptado, directamente o previo acuerdo en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, muy diversas prohibiciones sobre la actividad comercial o de ocio, o sobre el uso de los espacios e infraestructuras públicos (como los centros de transporte)(43). La inspección y la coacción para el cumplimiento de esas medidas han recaído, en gran medida, sobre las «policías locales» (44). Mas esta actuación policial municipal no es «jurídicamente» idéntica a la desplegada para ejecutar las medidas de alarma. Para la ejecución de las prohibiciones y mandatos no dictados en régimen de alarma, los ayuntamientos no están «a las órdenes» de la correspondiente autoridad sanitaria, estatal o autonómica. La autoridad sanitaria únicamente puede «solicitar el apoyo, auxilio y colaboración» de otros órganos administrativos, lo que sin duda incluye a los órganos municipales.

34. Pues bien, parece claro que esta posibilidad de «solicitar el apoyo o «auxilio» de otras entidades y órganos públicos es algo distinto de la referencia del artículo 9.1 LOEAES a que durante el estado de alarma, «todas las autoridades civiles de la Administración pública del territorio afectado (...) quedarán bajo las órdenes directas de la Autoridad competente...», y a que la Orden INT/226/2020, de 15 de marzo, declarara expresamente que todas las policías autonómicas y locales se encontraban «bajo las órdenes del Ministro del Interior» (art. 1.5) y que su actividad «prioritaria» era el lucha contra la COVID-19. Parece claro que esta subordinación de las policías autonómicas y locales al Ministerio del Interior en un estado de alarma es algo cualitativamente distinto de la asistencia y el auxilio. Esto es, si durante un estado de alarma todos los órganos administrativos de España están «subordinados» a los correspondientes ministerios (o, en el tercer estado de alarma, a cada presidente autonómico, actuando por delegación del Gobierno conforme al art. 2 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre), fuera del estado de alarma se activan los «deberes de colaboración» que, con carácter general, se regulan hoy en el artículo 141 LRJSP. Esta distinción guarda cierta correspondencia con la oposición, presente en Derecho comparado y europeo, entre el «préstamo orgánico» (*Organleihe*), en el que un órgano administrativo actúa «como parte» de

(43) Así, para la Comunidad de Madrid: Orden 668/2020, de 19 de junio, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio. Esta Orden ha sido enmendada muchas veces, casi semanalmente, desde el momento de su publicación.

(44) *Plan de Contingencias y de Resiliencia en Epidemias del Municipio de Madrid*, aprobado por Acuerdo de la Junta de Gobierno el 11 de marzo de 2021, pp. 117 y 120.

otra Administración pública distinta de la propia, y la asistencia o auxilio (*Amtshilfe*), en la que una Administración pública «ayuda» a otra(45). Puede ser que, en la práctica, no siempre se pueda distinguir con claridad entre la subordinación y el auxilio. Pero la diferencia jurídica es real. En la relación de «subordinación» hay una autoridad que ordena y otra que obedece; en el «auxilio» hay una autoridad que solicita y otra que está obligada a colaborar con ella, pero solo en la medida de sus posibilidades y conforme a su propio régimen interno. En el estado de alarma, cualquier medida gubernativa se impone sobre cualquier ley vigente, y por tanto el órgano subordinado no puede oponer norma alguna a la autoridad de alarma, ni competencial, ni presupuestaria, ni organizativa. En cambio, en la emergencia sanitaria fuera del estado de alarma el «deber de auxilio» ha de hacerse en el marco del Derecho vigente (y por tanto, en el marco de las competencias, por los procedimientos, con las garantías y conforme a la organización y los créditos presupuestarios que rijan para cada Administración pública)(46). De entrada, el artículo 141.2 LRJSP prevé que la asistencia y colaboración solicitada podrá negarse cuando el órgano requerido «(...) no esté facultado para prestarla de acuerdo con lo previsto en su normativa específica, no disponga de medios suficientes para ello o cuando, de hacerlo, causara un perjuicio grave a los intereses cuya tutela tiene encomendada o al cumplimiento de sus propias funciones o cuando la información solicitada tenga carácter confidencial o reservado»(47).

2. PARTICIPACIÓN INSTRUMENTAL EN LA RECONSTRUCCIÓN Y TRANSFORMACIÓN ECONÓMICA

35. Durante el tercer estado de alarma, el declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre (luego prorrogado por el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre), se ha puesto en marcha, en paralelo a la lucha contra los contagios, el proceso de «reconstrucción» de la economía con ingentes recursos financieros de la Unión Europea (aproximadamente 140.000.000 millones de euros para España). En este proceso de reconstrucción los ayuntamientos y las diputaciones provinciales van a actuar, a lo sumo, como «Administraciones indirectas» del Estado, más que como entidades autónomas. Aunque este proceso de reconstrucción es diferente al de los planes económicos especiales de 2008 y 2009 (dirigidos a superar la entonces emergente recesión económica)(48), en buena medida la posición

(45) MAURER, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Ed., C. H. Beck, München, 2002, p. 542. En relación con la «Unión administrativa europea», HARINGS, L., «Grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Polizei- und Zollverwaltungen», en SCHMIDT-ASSMANN, E., y SCHÖNDORF-HAUBOLD, B., *Der Europäische Verwaltungsverbund*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, pp. 127-152 (p. 144).

(46) SANZ RUBIALES, I., «Marco general de las relaciones interadministrativas», en GAMERO CASADO, E., FERNÁNDEZ RAMOS, S., VALERO TORRIJOS, J., *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 2849-2890 (p. 2866).

(47) El límite al auxilio, en la STS de 7 de junio de 2002 (rec. 5696/1997), ECLI: ES:TS:2002:4142, FFJJ 2 y 3.

(48) Fondo Estatal de Inversión Local (FEIL), aprobado por el Real Decreto-ley 9/2008, de 28 de noviembre; y Fondo Estatal para el Empleo y la Sostenibilidad Local (FEESL), aprobado por el Real Decreto-ley 13/2009, de 26 de octubre.

jurídica de las Administraciones territoriales es comparable: actúan como agentes instrumentales de la política económica del Estado (49). En efecto, en la regulación del Real Decreto-ley 36/2020, de 20 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, es la Administración General del Estado quien selecciona diversos Proyectos Estratégicos para la Recuperación y Transformación Económica o PERTEs (art. 8.1 del Real Decreto-ley 36/2020), proyectos que bien pueden ser propuestos por las entidades locales y cuya gestión puede corresponder a cualesquiera entidades inscritas en el «Registro estatal de entidades interesadas en los PERTEs», tanto sujetos privados (que actuarán mediante contratación, subvención o convenios) como entidades públicas, y entre ellas los ayuntamientos o las diputaciones provinciales. En algunos casos, como el de los proyectos referidos a la transformación energética, ya se ha predefinido que los ayuntamientos participarán extensamente en la gestión. Con independencia de cuál sea finalmente la actuación de las Administraciones locales en los PERTE, lo cierto es que la regulación del Real Decreto-ley 36/2020 considera a las entidades locales como simples «agentes económicos» –en posición de paridad con cualquier entidad privada– para la gestión de PERTEs. No como entidades públicas autónomas.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO GIL, A., «Los principios de competencia y prevalencia en la resolución de los conflictos competenciales. Una relación imposible», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 80, 2007, pp. 407-435.
- COTINO HUESO, L., «La pandemia y la vacunación (I). Estrategia y obligatoriedad de la vacunación COVID-19: constitucionalidad y Comunidades Autónomas», *Blog de la Revista catalana de dret públic*, 7 de abril de 2021.
- COVILLA MARTÍNEZ, J. C., *Coordinación y autonomía en la Administración Pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- CRUZ VILLALÓN, P., «El nuevo Derecho de excepción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2, 1981, pp. 93-128.
- DE BIASE, P., y DOUGHERTY, S., *Federalism and Public Health Decentralisation in the Time of COVID-19*, OECD Working Papers on Fiscal Federalism, núm. 33, 2021.
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «Estado autonómico y lucha contra la pandemia», en BIGLINO CAMPOS, P., y DURÁN ALBA, F., *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Jiménez Abad, Zaragoza, 2020, pp. 1-28.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Colisiones normativas y primacía del Derecho estatal», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, vol. I, Civitas, Madrid, 1991, pp. 537-567.

(49) Para los planes de 2008-2009: VELASCO CABALLERO, F., «Crisis económica y Derecho local», *Anuario de Derecho Municipal* 2009, núm. 3, 2010, pp. 25-42 (p. 33).

- GALLEGO ANABITARTE, A., «Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda», *Revista de Administración Pública*, núm. 122, 1990, pp. 7-102.
- GARCÍA MORALES, V., *Prevalencia en la planificación territorial*, Tecnos, Madrid, 2019.
- HARINGS, L., «Grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Polizei- und Zollverwaltungen», en SCHMIDT-ASSMANN, E., y SCHÖNDORF-HAUBOLD, B., *Der Europäische Verwaltungsverbund*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, pp. 127-152.
- LASAGABASTER HERRATE, I., *El principio de primacía en la Constitución de 1978*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2018.
- «La respuesta a la pandemia del COVID-19 y el estado de las autonomías», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 19, 2020, pp. 127-153.
- MARTÍN I ALONSO, G., «El estado de alarma por la crisis de la COVID-19 y la afectación del autogobierno territorial», *Revista catalana de dret públic*, número especial (2020), pp. 72-88.
- MAURER, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 14. Ed., C. H. Beck, München, 2002.
- MONTILLA MARTOS, J. A., *Las leyes orgánicas de transferencia y delegación*, Tecnos, Madrid, 1998.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho de las Comunidades Autónomas*, vol. I., 2.ª edición, Iustel, Madrid, 2007.
- *Tratado de Derecho Administrativo y de Derecho Público General*, vol. III, Madrid, Iustel, 2009.
- «El poder y la peste», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 90-91, 2020, pp. 114-131.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A., «Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87, 2020, pp. 22-31.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., «Sistema de fuentes del Derecho administrativo», en RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., DOMÉNECH PASCUAL, G., y ARROYO JIMÉNEZ, L., (eds.), *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen I, Introducción, Fundamentos, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 765-848.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., «La coordinación administrativa como concepto jurídico», *Documentación Administrativa*, núms. 230-231, 1992, pp. 11-30.
- *Derecho administrativo. Parte General*, 16.ª ed., Tecnos, Madrid, 2020.
- SANZ RUBIALES, I., «Marco general de las relaciones interadministrativas», en GAMERO CASADO, E., FERNÁNDEZ RAMOS, S., VALERO TORRIJOS, J., *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 2849-2890.
- SARMIENTO, D., «El principio de proporcionalidad y la defensa de la autonomía local», *Revista de Administración Pública*, núm. 162, 2003, pp. 145-171.
- SKOURIS, V., «Der Vorrang des Europäischen Unionsrechts vor dem nationalen Recht. Unionsrecht bricht nationales Recht», *Europarecht*, núm. 1, 2021.
- VELASCO CABALLERO, F., «Método de la ponderación y sistema competencial», en ORTEGA ÁLVAREZ, L. I., y DE LA SIERRA, S., *Ponderación y Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, pp. 135-158.
- «Crisis económica y Derecho local», *Anuario de Derecho Municipal 2009*, núm. 3, 2010, pp. 25-42.
- «Un ejemplo de funcionamiento de la *preemption* norteamericana: la regulación de la inmigración», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 13, 2011, pp. 11-50.

- VELASCO CABALLERO, F., «Estado de alarma y distribución territorial del poder», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87, 2020, pp. 78-87.
- «Derecho local y COVID-19», *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 59, 2020, pp. 5-33.
- VIVER I PI-SUNYER, C., *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Barcelona, Ariel, 1989.

EL DERECHO A CIRCULAR LIBREMENTE EN TIEMPOS DE PANDEMIA

ANTONIO ARROYO GIL*

Resumen

La libertad de circulación reconocida en el artículo 19 CE, sin perjuicio de su carácter autónomo, presenta unos contornos difíciles de acotar, dada su estrecha vinculación con la libertad personal (art. 17 CE). La determinación de su contenido y, fundamentalmente, del alcance de sus límites resultan determinantes para comprender cómo ha quedado afectada mediante las severas medidas adoptadas con ocasión de la declaración del estado de alarma.

Palabras clave

Libertad de circulación, libertad personal, derechos fundamentales, límites de los derechos fundamentales, suspensión de derechos fundamentales, estado de alarma, estado de excepción.

Abstract

The freedom of movement recognized in art. 19 CE, without prejudice to its autonomous nature, presents contours which are difficult to delimit, given its close link with personal freedom (art. 17 CE). The determination of its content and, fundamentally, the scope of its limits are decisive in order to understand how it has been affected by the severe measures adopted on the occasion of the declaration of the state of alarm.

Keywords

Freedom of movement, personal freedom, fundamental rights, limits to fundamental rights, suspension of fundamental rights, state of alarm, state of emergency.

* Profesor Ayudante Doctor (acr. Titular) de Derecho constitucional de la UAM, antonio.arroyo@uam.es.

El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto coordinado: «Diseño constitucional y calidad democrática (DICOCADE)» [Subproyecto 1: «El Control y responsabilidad política en el estado constitucional con especial referencia al Parlamento en el contexto multinivel (CORE)»] (PID2019-104414GB-C31 DER - IP: José Tudela Aranda).

SUMARIO: I. Acotación del tema. II. La autonomía del derecho a la libre circulación frente a la libertad personal. III. El contenido constitucional del derecho a la libre circulación. IV. Titularidad del derecho. V. Límites a la libertad de circulación. VI. La libertad de circulación en tiempos de pandemia. VII. A modo de conclusión. VIII. Un epílogo de urgencia. IX. Bibliografía.

I. ACOTACIÓN DEL TEMA

LA libertad de circulación o el derecho a circular libremente viene reconocido en el artículo 19 CE en los siguientes términos:

«Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional.

Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos.»

Como se puede apreciar, en el primer párrafo de este precepto se reconoce, solo a los españoles, un derecho fundamental (doble): el de «elegir libremente su residencia» y el de «circular por el territorio nacional». Cabe entender que el primero de ellos, el derecho a elegir libremente residencia, se circunscribe, al igual que el segundo, al «territorio nacional»; mientras que el segundo, el derecho a circular, se puede ejercer, al igual que el primero, «libremente». De manera más precisa, por tanto, lo que este primer párrafo del artículo 19 CE reconoce es el derecho de los españoles a elegir libremente su residencia en el territorio nacional, así como su derecho a circular de manera libre por dicho territorio (que comprende también las aguas interiores, el mar territorial y el espacio aéreo). Esta es, por tanto, la vertiente nacional del derecho previsto en el artículo 19 CE.

En el segundo párrafo se contiene, por el contrario, la que podríamos considerar vertiente internacional del derecho, al reconocer a los españoles el derecho a entrar y salir libremente de España, pero únicamente en los términos que la ley establezca. No es este, por tanto, un derecho de configuración constitucional, sino que queda sujeto a lo que en el futuro disponga el legislador, con un único límite expresamente previsto en el propio artículo 19 párrafo segundo CE: no se puede limitar ese derecho «por motivos políticos o ideológicos».

Sin desconocer las distintas facetas o vertientes que forman parte del contenido del derecho reconocido en el artículo 19 CE(1), en el presente trabajo centraremos

(1) Pese a que es una cuestión controvertida, el Tribunal Constitucional ha reconocido que «[e]l artículo 19 CE reconoce a ‘los españoles’ cuatro derechos fundamentales distintos: el derecho a elegir libremente su residencia, el derecho a circular por el territorio nacional, el derecho a entrar en España y el derecho a salir libremente del territorio nacional» (STC 72/2005, de 4 de abril; FJ 5). De otra opinión, DURÁN ALBA, J. F., «Afectaciones a la libertad de circulación derivadas del estado de alarma declarado a causa de la crisis “COVID-19”», en BIGLINO CAMPOS, P./DURÁN ALBA, J. F., *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el ordenamiento constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Col. Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, p. 195.

nuestra atención única y exclusivamente en el derecho a circular libremente (o libertad de circulación) dentro del territorio nacional, sin diferenciar entre españoles y extranjeros, y prescindiendo de toda la problemática asociada a la entrada y salida del territorio español, en la que se ven involucradas no solo normas de derecho interno, sino también otras muy relevantes de derecho internacional y, sobre todo, europeo (2).

Y es que la finalidad de este escrito no es otra que identificar cuáles son los rasgos característicos del derecho a la libre circulación por el territorio nacional reconocido en el artículo 19 CE y señalar en qué medida los mismos se han visto afectados o, dado el caso, alterados en su configuración esencial como consecuencia de las medidas adoptadas por los poderes públicos en España para hacer frente a la pandemia de coronavirus (COVID-19) a partir de marzo de 2020, particularmente tras la aprobación del (primer) estado de alarma.

II. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN FRENTE A LA LIBERTAD PERSONAL

No es infrecuente que, entre la doctrina científica, la libertad de circulación se haya vinculado tradicionalmente a la libertad física o individual (libertad personal) a que se refiere el artículo 17 CE, al entender que aquella vendría a ser una proyección de esta (3). Incluso se ha llegado a entender como una concreción del valor superior «libertad» reconocido en el artículo 1.1 CE. Tampoco es inusual considerar esa libertad de circulación como una manifestación ineludible de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad previstos en el artículo 10.1 CE (4).

(2) Ténganse en cuenta las siguientes disposiciones de derecho internacional: Artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH); artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP); Artículo 2 del Protocolo núm. 4 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Libertad de circulación. En el ámbito de la Unión Europea, véanse las siguientes: Artículo 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE); arts. 20 y 21 y Título IV del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); Artículo 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). Libertad de circulación y de residencia; Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (téngase además en cuenta a este respecto el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo). En relación con las personas extranjeras en España, véase el Artículo 5 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Derecho a la libertad de circulación.

(3) En este sentido, por ejemplo, BASTIDA FREIJEDO, F. J., «Libertad de circulación», en Aragón Reyes, M. (dir.)/Aguado Renedo, C. (codir.), *Derechos fundamentales y su protección*, Temas básicos de Derecho Constitucional, tomo III, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 166, entiende que el derecho de libre circulación «es inmediata concreción del “derecho a la libertad” proclamado en el artículo 17 CE». En un sentido parejo, BANACLOCHE PALAO, J., *La libertad personal y sus limitaciones*. Detenciones y retenciones en el Derecho español, McGraw Hill, Madrid, 1996, p. 50, sostiene que el bien jurídico protegido en el artículo 19 CE es un aspecto muy concreto de la libertad física, el relativo a la proyección espacial de la persona.

(4) Vid. GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. J., *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 48 ss. No obstante, en relación con la dignidad humana se ha de tener en cuenta que para el Tribunal Constitucional «[l]a libertad de circulación a través de las

Por lo que se refiere a la primera vinculación, que es la más extendida, lo cierto es que la Constitución española de 1978 regula en preceptos distintos la libertad y la seguridad personales (art. 17 CE), por un lado, y la libertad de circulación (art. 19 CE), por el otro, lo que permitiría afirmar que se trata, en efecto, de derechos diferentes, pese a que ambos pertenezcan «al ámbito genérico de la libertad personal» (5). A tal efecto, el propio Tribunal Constitucional ha distinguido ambos derechos, al entender que el artículo 17 CE se refiere a la seguridad personal, en el sentido de «ausencia de perturbaciones procedentes de medidas de detención o de otras similares, que puedan restringir la libertad personal o ponerla en peligro» (ATC 126/1982, de 24 de marzo; FJ 2), lo que representa un reflejo del origen histórico de este derecho, cuya finalidad no era otra que «proteger al ciudadano de la arbitrariedad en las detenciones y prisiones anteriores a la finalización de un proceso penal por una sentencia judicial» (Voto particular de Eugenio Díaz Eimil a la STC 140/1986, de 11 de noviembre; punto 4). Es, por otra parte, evidente, como señala González-Trevijano, que «un sujeto que no se halle detenido es libre en su persona, y sin embargo puede tener limitado su derecho a la circulación o restringida su libertad de residencia» (6). La libertad de circulación serviría, por tanto, a un fin propio, cual es «la defensa contra posibles intervenciones del Estado que, sin llegar a menoscabar la libertad en general, pudiera restringir la libertad de movimiento» (7).

La tramitación parlamentaria del artículo 19 de la Constitución vigente de 1978, que fue relativamente pacífica, pues dicho precepto, desde el Anteproyecto publicado el 5 de enero de 1978, quedó redactado en unos términos que apenas se alteraron después en el Informe de la Ponencia del Congreso, de 17 de abril, y el Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso, de 1 de julio (8), permiten concluir asimismo el carácter autónomo de la libertad de circulación frente a la libertad física o personal regulada en el artículo 17 CE, más allá de que entre ambas libertades exista, como hemos visto, una vinculación estrecha, siquiera sea porque toda privación de libertad personal (como consecuencia de una condena penal a prisión o de las medidas cautelares de detención preventiva o prisión provisional o, en fin, de las medidas judiciales que impongan a una persona la prohibición de aproximarse a la víctima, familiares o allegados), conlleva inevitablemente una suspensión de la libertad de circulación (al igual que

fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 C. E., y STC 107/1984, fundamento jurídico 3.º), ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano. (...) es pues lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella» (STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3).

(5) Según DÍEZ-PICAZO, L. M.ª, *Sistema de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, 5.ª ed., Valencia, 2021, p. 274, mientras que el derecho a la libertad y a la seguridad del artículo 17 CE «hace referencia a la libertad deambulatoria en cuanto tal, la libertad de residencia y circulación hace referencia a los lugares donde uno puede estar o por donde puede moverse».

(6) GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. J., *Libertades de circulación...*, p. 55.

(7) FERNÁNDEZ-MIRANDA ALONSO, F., «Artículo 19. Libertad de circulación y residencia», en Alzaga Villamil, Ó. (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo II (arts. 10 a 23), Cortes Generales, Edersa, Madrid, 1996, p. 490.

(8) GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. J., *Libertades de circulación...*, pp. 67 ss.

sucede, por cierto, con el internamiento preventivo de un extranjero en el centro destinado a tal fin) (9).

III. EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA LIBRE CIRCULACIÓN

El artículo 19 CE adolece de falta de contenido constitucional auténticamente configurador de su alcance e imprecisión en su definición. De hecho, prácticamente se limita a enunciar el derecho a la libre circulación y residencia y a prohibir a los poderes públicos que impongan determinadas limitaciones (por motivos políticos e ideológicos), cuando de lo que se trate sea de entrar y salir de España, en los términos que la ley establezca. Una limitación, por cierto, en buena medida, superflua, pues la misma se deriva directamente del artículo 14 CE.

Estas carencias se pueden explicar por razones históricas: la libertad de circulación y residencia supuso una superación de las adscripciones personales de origen medieval a determinados ámbitos territoriales (siervos de la gleba) y de las obligaciones que imponían los monarcas absolutos de residir en ciertos lugares o ciudades o de circular por ciertas áreas rurales, además de servir al fin de garantizar la unidad de mercado y la efectividad de las libertades de comercio e industria frente a aduanas interiores y cargas tributarias a la circulación (10). En su reconocimiento constitucional influyó mucho, por tanto, el sistema económico liberal; y es precisamente la compleja evolución de la vida social en los últimos tiempos, con la explosión demográfica y de tráfico rodado y la crisis energética, entre otras cosas, la que supone un riesgo para la futura garantía de este derecho en los términos en que lo conocemos actualmente. Así se pone de relieve ya con las importantes intervenciones administrativas, no siempre con cobertura legal, que tienen lugar sobre el mismo, desconociendo muchas veces que se trata de afectaciones a un derecho constitucional de carácter fundamental (11).

Pero más allá de estas consideraciones históricas, económicas y sociológicas, lo cierto es que, dada la escasa densidad normativa de la Constitución en la configuración de este derecho a la libre circulación, su contenido se ha de deducir a partir de una interpretación de los términos en que el mismo viene formulado que resulte adecuada a su finalidad. De este modo, cabría entender que «[e]l contenido sustancial de la libertad de circulación es (...) la libertad de ir y venir, la libertad de movimientos, y tiene una delimitación geográfica precisa: el territorio nacional» (12). De manera más precisa, el derecho a circular libremente por el territorio nacional se traduce en la libertad de desplazarse de un lugar a otro de

(9) GOIZUETA VÉRTIZ, J., «Artículo 19...», en Pérez Tremps, P./Saiz Arnaiz, A. (dirs.), *Comentario a la Constitución española*, 40 aniversario 1978-2018, Libro-homenaje a Luis López Guerra, tomo I (Preámbulo a artículo 96), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 459-460.

(10) CASTELLS ARTECHE, J. M., *El derecho de libre desplazamiento y el transporte en España*, Hora H: Seminarios y Ediciones, Madrid, 1974, pp. 23 a 62, tal y como es citado en SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Artículo 19...», en GARRIDO FALLA, F., et al., *Comentarios a la Constitución española*, 3.ª ed. ampliada, Civitas, Madrid, 2001, pp. 446 ss.

(11) SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Artículo 19...», p. 447.

(12) BASTIDA FREJEDO, F. J., «Libertad de circulación...», p. 166.

dicho territorio (terrestre, marítimo o aéreo) a través de las vías públicas o privadas de uso público existentes; una libertad que, como veremos seguidamente, no es solo predicable de los ciudadanos españoles, a los que expresamente se refiere el artículo 19 CE, sino también de los ciudadanos europeos que cumplan las condiciones preceptivas (disponer para sí y para los miembros de su familia de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad, a fin de no convertirse en una carga para el Estado miembro de acogida), así como de aquellos extranjeros que hayan entrado y se encuentren legalmente en España (13).

A fin de garantizar a todos la igualdad en el ejercicio de este derecho, que en el caso de los españoles se encuentra genéricamente reconocida en el apartado 1 del artículo 139 CE, al disponer que «[t]odos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado», el apartado 2 de este mismo precepto, de manera singular en relación con la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español, dispone que ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen tales libertades. Al no diferenciar este apartado entre los que son españoles y los que no lo son, cabe deducir que el disfrute de esas libertades queda garantizado en igualdad de condiciones para todas las personas. Mediante esta previsión, además, el constituyente pretendió garantizar la unidad de mercado, sin que ello tenga por qué suponer una imposibilidad de normativa autonómica propia parcialmente divergente; de lo que se trataría, más bien, es de garantizar esa unidad económica, sin que ello tenga por qué significar una uniformidad total, tal y como el Tribunal Constitucional tiene declarado (STC 88/1986, de 1 de julio, FJ 6). En consecuencia, cabría aceptar la existencia de normas autonómicas (de carácter fiscal, por ejemplo) que pudieran afectar en algún aspecto a la libertad de circulación, siempre y cuando las mismas no pusieran en riesgo dicha unidad de mercado [SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 5; 96/2002, de 25 de abril, FJ 11; o 79/2017, de 22 de junio, FJ 2.a)] ni resultaran desproporcionadas «respecto del fin constitucionalmente lícito que persiguen» (STC 64/1990, de 5 de abril, FJ 5; 96/2002, de 25 de abril, FJ 11; 168/2004, de 6 de octubre, FJ 5).

En definitiva, la libertad de circulación se traduce en la posibilidad de trasladarse de un lugar a otro, dentro de todo el territorio nacional, sin que quepa establecer a tal efecto ningún tipo de obstáculo o traba por las autoridades estatales, autonómicas o locales que se pueda considerar desproporcionado, al margen de las limitaciones o restricciones legítimas que se puedan imponer (14) y que veremos en el apartado siguiente.

(13) GOIZUETA VÉRTIZ, J., «Artículo 19...», p. 457; LASAGABASTER HERRARTE, I., «Artículo 2. Libertad de circulación», en Lasagabaster Herrarte, I. (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos, Comentario sistemático*, Civitas, Thomson-Reuters, Cizur Menos, 3.ª ed., 2015, p. 957.

(14) Tempranamente, el Tribunal Constitucional afirmó que «el derecho (...) de libre circulación por el territorio nacional hay que entenderlo como un derecho de libertad que impide las restricciones que deriven de los poderes públicos» (ATC 276/1983, de 8 de junio, FJ 1).

IV. TITULARIDAD DEL DERECHO

Tal y como se ha adelantado ya, pese al tenor literal del artículo 19 CE, resulta ciertamente discutible que el derecho a la libre circulación por el territorio nacional sea predicable tan solo de los españoles. Cabe entender, lógicamente, que los ciudadanos europeos, en virtud de las previsiones del Derecho de la Unión Europea (15), y los ciudadanos de terceros Estados no miembros de la Unión, pero asimilados a aquellos a determinados efectos (incluido el relativo al ejercicio de la libertad de circulación), por ser parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, gozan asimismo de esta libertad; lo mismo que sucede con los demás extranjeros que hayan entrado legalmente en territorio español, en virtud de la remisión del artículo 13.1 CE a las leyes y tratados (derechos constitucionales de configuración legal: STC 107/1984, FJ 3), y a tenor de la prohibición de discriminación a que se refiere el artículo 2.1 PIDCP, y los artículos 1 y 14 CEDH, de conformidad con lo previsto en el artículo 10.1 CE.

Más en concreto, el Tribunal Constitucional ha reconocido que a pesar de que el tenor literal del artículo 19 CE «alude de forma expresa únicamente a los ciudadanos españoles como titulares de dichos derechos fundamentales, la jurisprudencia de este Tribunal ha declarado que de dicha regulación no puede extraerse la conclusión de que los extranjeros no puedan ser titulares de derechos fundamentales garantizados en la mencionada norma constitucional: “la dicción literal del artículo 19 CE es insuficiente porque ese precepto no es el único que debe ser considerado; junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos que determinan la posición jurídica de los extranjeros en España, entre los que destaca el artículo 13 CE” [SSTC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 2; 116/1993, de 29 de marzo, FJ 2; 242/1994, de 20 de julio, FJ 4, y 169/2001, de 16 de julio, FJ 4.a)], cuyo apartado 1 dispone “que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”» (STC 72/2005, de 4 de abril; FJ 5; en el mismo sentido: SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 4; y 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 5).

V. LÍMITES A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN

Una vez que hemos visto en el apartado anterior, de manera muy resumida, cuáles son los caracteres principales del derecho a la libre circulación, por lo que se

(15) Téngase especialmente en cuenta el Artículo 20 (antiguo art. 17 TCE) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que en su apartado 1 crea una ciudadanía de la Unión, que se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla, de modo que será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro; atribuyendo en su apartado 2.a) a los ciudadanos de la Unión la titularidad de los derechos establecidos en los Tratados, entre los que se encuentra el derecho de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Téngase asimismo en cuenta la libertad de circulación y residencia reconocida en el artículo 45 CDFUE. Un examen muy exhaustivo de este derecho, con abundante cita jurisprudencial, en MARTÍNEZ ALARCÓN, M.^ª L., «Artículo 45. Libertad de circulación y residencia», en López Castillo, A. (dir.), *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 1319-1396.

refiere a su contenido sustancial y a sus titulares, seguidamente abordaremos la cuestión clave relativa a los límites que cabe imponer al mismo, prestando singular atención a los que se puedan establecer mediante la declaración del estado de alarma, y, en concreto, a aquellos que hemos experimentado en España desde marzo de 2020, a fin de determinar si los mismos son constitucionalmente aceptables, y si, en caso de serlo, han supuesto una alteración de los rasgos definitorios de este derecho, tal y como hasta el momento había sido entendido.

Pese a que en el texto constitucional no conste ningún límite explícito a la libertad de circulación (16), dado que en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados se desecharon sendas enmiendas que pretendían incluirlos por razones de sanidad y seguridad (17), el desarrollo de dicha libertad, en tanto que derecho fundamental, habrá de llevarse a cabo por medio de ley orgánica (art. 81 CE), y la regulación de su ejercicio, respetando en todo caso su contenido esencial, a través de ley ordinaria (art. 53.1 CE). Además, existen limitaciones derivadas de la necesidad de respetar otros derechos (como veremos a continuación), deberes (como los previstos en el artículo 30.4 CE, «en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública») y bienes (como la protección de la salud pública prevista en el art. 43.2 CE), que tienen igualmente protección constitucional y con los que el ejercicio de aquella libertad podría entrar en conflicto, lo que, en el caso concreto, obligará a realizar el correspondiente ejercicio de ponderación a fin de buscar la máxima eficacia posible de todos ellos (18).

También se han de tener en cuenta, lógicamente, las limitaciones derivadas de actuaciones policiales y decisiones judiciales que conlleven una privación de libertad, a las que anteriormente se hizo referencia (detención preventiva, prisión provisional, condena penal de privación de libertad u orden de alejamiento, etc.) (19).

Finalmente, en situaciones excepcionales, este derecho podrá ser suspendido en caso de declaración del estado de excepción y sitio, si bien solo podrá ser limitado si se declara el estado de alarma (art. 55.1 CE en conexión con el art. 116 CE), en los términos que establezca la ley orgánica que desarrolla dichos estados excepcionales (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio). A esto volveremos enseguida.

Por su parte, el artículo 2 del Protocolo n.º 4 CEDH ofrece también algunas pautas interpretativas relevantes sobre las causas que pueden justificar restricciones o limitaciones a la libertad de circulación, al disponer que solo cabrán aquellas que, «previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del

(16) A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en las Constituciones de Italia (art. 16 párrafo primero) y Alemania (art. 11.2). En la primera se prevé expresamente que la libertad de circulación pueda ser limitada por «razones de sanidad y seguridad»; y en la segunda se dispone también que puedan establecerse restricciones, entre otros motivos, «cuando sea necesario (...) para combatir el peligro de epidemias, catástrofes naturales o accidentes especialmente graves».

(17) FERNÁNDEZ-MIRANDA ALONSO, F., «Artículo 19...», pp. 496 ss.

(18) El Tribunal Constitucional ha dejado sentado desde un principio que existen tanto límites explícitos como implícitos a los derechos fundamentales; mientras que los primeros vienen expresamente previstos en la Constitución, los segundos derivan de ella de una manera indirecta o mediata (necesidad de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados). *Vid.*, entre otras, las SSTC2/1982, de 29 de enero; 110/1984, de 26 de noviembre; y 120/1990, de 27 de junio.

(19) GOIZUETA VÉRTIZ, J., *El derecho a la libre circulación y residencia en la Constitución española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007 [versión *online*: Documento TOL1.108.791], pp. 4 ss.

orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros» (apartado 3), pudiendo establecer asimismo restricciones, «en ciertas zonas determinadas», cuando «estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática» (apartado 4).

Más allá de esta normativa constitucional y legal (y contractual de carácter internacional), la libertad de circulación, en tanto que derecho de libertad, conlleva, antes que nada, un deber de «abstención o no injerencia de los poderes públicos en el ir y venir de los ciudadanos por territorio nacional» (20). Eso no quiere decir, sin embargo, que sea un derecho ilimitado, pues, de hecho tal y como hemos señalado ya, ninguno lo es, como se ha encargado de dejar claro el Tribunal Constitucional, en la medida en que hay otros derechos o bienes constitucionales que, según las circunstancias, pueden representar un límite para el derecho a la libre circulación, y viceversa. Así sucede, por ejemplo, con el derecho de reunión y manifestación (art. 21 CE), el derecho de huelga (art. 28.2 CE), la seguridad ciudadana (art. 17 CE), el derecho a la protección de la salud y la tutela de la salud pública (art. 43.1 y 2 CE), etc. (SSTC 26/1981, de 17 de julio; 59/1990, de 29 de marzo; 66/1995, FJ 3; 195/2003, de 27 de octubre, FJ 9) o, muy particularmente, con la propiedad privada, garantizada en el artículo 33 CE (21).

En todo caso, esa injerencia en el derecho a la libre circulación requerirá previa habilitación legal expresa [SSTC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 3; 169/2001, de 16 de julio, FJ 6; y 184/2003, de 23 de octubre, FJ 6.b)], tal y como, por ejemplo, hace el artículo 17.1 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, en virtud del cual «[l]os agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán limitar o restringir la circulación o permanencia en vías o lugares públicos y establecer zonas de seguridad en supuestos de alteración de la seguridad ciudadana o de la pacífica convivencia, o cuando existan indicios racionales de que pueda producirse dicha alteración, por el tiempo imprescindible para su mantenimiento o restablecimiento».

También es posible encontrar límites a este derecho a la libre circulación en otras normas de rango infralegal, como sucede, por ejemplo, con aquellas que disciplinan la circulación vial (22), el transporte aéreo y marítimo, o el urbanismo, entre otras muchas, sin que se hayan planteado mayores objeciones al hecho de que mediante las mismas se esté, en realidad, afectando al contenido de un derecho fundamental, lo que inevitablemente nos obliga a preguntarnos cuáles son las difusas fronteras que existen entre «limitación» de un derecho fundamental (que se ha de llevar a cabo necesariamente por ley) y lo que podríamos genéricamente denominar mera «afectación» del mismo, susceptible de ser abordada por normas de rango reglamentario.

(20) BASTIDA FREIJEDO, F. J.: «Libertad de circulación...», p. 167.

(21) El Tribunal Constitucional ha dejado dicho que «la propiedad privada, en cuanto garantía institucional (art. 33.1 CE), constituye un primer y evidente condicionamiento al ejercicio» de las libertades de circulación y residencia (STC 28/199, de 8 de marzo, FJ 7). Y, en general, sobre la necesidad de buscar una acomodación de todos los derechos constitucionalmente reconocidos, véase la temprana STC, 11/1981, de 11 de abril.

(22) Sobre ella hace especial hincapié SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: «Artículo 19...», p. 452, al entender que «*el tráfico rodado es hoy la manifestación normal y esencial de la libertad constitucional de circulación en un mundo literalmente motorizado*», caracterizando de «constitucionalmente intolérable e inadmisibles que todo este sector normativo continúe íntegramente entregado no ya a la potestad reglamentaria del Gobierno, sino a las ocurrencias de una tecnoburocracia paternalista».

Además, también cabe que, en determinadas situaciones excepcionales, el derecho a la libre circulación se pueda ver restringido temporalmente, por ejemplo, porque un accidente en una vía férrea o en una carretera impida la circulación durante un período de tiempo a través de las mismas; o porque suceda algo similar debido a la necesidad de acordonar una zona ante un aviso de bomba o en la búsqueda de un presunto delincuente, etc. Por regla general, estas circunstancias se encuentran vinculadas a la protección de un derecho o bien constitucional superior (seguridad ciudadana, en los ejemplos puestos), tal y como hemos señalado con anterioridad.

Se ha de tener en cuenta, asimismo, que, dada la conexión, según vimos *supra*, entre la libertad personal y la libertad de circulación, cualquier medida restrictiva de aquella traerá consigo inevitablemente una limitación de esta, si bien la misma se reputará lícita en tanto responda a un fin constitucionalmente legítimo y resulte proporcionada (STC 260/2007, de 20 de diciembre, FJ 5) (23). Así sucede, por ejemplo, cuando mediante resolución judicial se imponga una pena privativa de libertad; o una medida cautelar consistente en libertad provisional bajo fianza con obligación de comparecer periódicamente en el juzgado (STC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 3) o con prohibición de abandonar el territorio español y retirada de pasaporte (STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 4); o una orden de alejamiento de un determinado lugar o una prohibición de acercarse a una persona (SSTC 60/2010, de 7 de octubre, FFJJ 8 y 9; y 117/2010, de 24 de noviembre, FJ único) (24).

Con todo, nos interesa especialmente aquí hacer referencia a las limitaciones de la libertad de circulación derivadas del derecho de excepción, y, en concreto, a aquellas que son consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno de España a partir del 14 de marzo de 2020, fecha de la primera declaración del estado de alarma, pues ello nos permitirá colegir si las mismas han traído consigo, o no, una alteración de los contornos de este derecho, tal y como veníamos entendiéndolo con anterioridad. A ello dedicaremos el siguiente epígrafe de este trabajo.

VI. LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Como sabemos, la suspensión de ciertos derechos fundamentales, entre los que se encuentra la libertad de circulación, solo se podrá llevar a cabo «cuando sea estrictamente necesario, con el alcance que sea preciso y durante el tiempo imprescindible», debiéndose justificar debidamente (25), en caso de que se declare el estado de excepción o de sitio (art. 55.1 CE). Así lo regula la LOAES en los artículos 20 y 32.3 para determinados supuestos. No obstante, esta misma ley orgánica prevé también la posible restricción de este derecho, con iguales condiciones, si lo

(23) En relación con la necesidad de que el tiempo en que se restringe la libertad de circulación con motivo de una condena penal sea proporcionado también se ha pronunciado el TEDH (caso Rosengren v. Rumania, Sentencia de 24 de abril de 2008, párrafo 36).

(24) Vid. LOSADA GONZÁLEZ, H., «Artículo 19...», en Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M./Casas Baamonde, M.^a E. (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, XL Aniversario, tomo I, BOE, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 576.

(25) ARROYO GIL, A., «La naturaleza del estado de alarma y su presupuesto habilitante», en Garrido López (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Col. Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, pp. 37 ss.

que se declara es el estado de alarma (26). El artículo 11 LOAES lo deja perfectamente claro al disponer que «el decreto de declaración del estado de alarma, o los sucesivos que durante su vigencia se dicten, podrán acordar (...): a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos».

No nos podemos detener ahora en la dificultad de diferenciar, en los supuestos limítrofes, cuándo nos hallamos ante una mera limitación o ante una radical suspensión del derecho a la libertad de circulación, porque eso se escapa del objeto de este trabajo (27). Tampoco es el momento de analizar en qué supuestos cabe declarar uno u otro estado (alarma o excepción), en función de su presunta distinta naturaleza (que no cabe derivar de la propia Constitución, pero que sí parece haber sido acogida por la LOAES) (28). Simplemente, nos centraremos a continuación en la experiencia práctica habida a raíz de la pandemia de COVID-19 y la consiguiente declaración de los estados de alarma el pasado 14 de marzo (en todo el territorio nacional) (29), el 9 de octubre (solo en la Comunidad de Madrid) (30) y el 25 de octubre de 2020 (de nuevo con alcance nacional) (31), con el fin de ofrecer una respuesta excepcional a esa crisis sanitaria, dado que por la vía ordinaria no parecía posible hacerlo con eficacia. En concreto, focalizaremos la atención en las medidas adoptadas durante la primera declaración de estos estados, dado que fueron las más restrictivas del derecho a la libre circulación, y las que, en su caso, nos permitirán responder a la cuestión de fondo que se trata ahora de dilucidar, a saber, si a través de ellas se «desfiguraron» o alteraron los contornos de este derecho.

En este sentido, lo primero que se ha de poner de relieve es que, como es lógico, por otra parte, el Gobierno de España ha entendido que todas las medidas adoptadas con la declaración del estado de alarma el 14 de marzo de 2020 (y posterior-

(26) El Tribunal Constitucional afirmó que «[a] diferencia de los estados de excepción y sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE *contrario sensu*), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio» (STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 8).

(27) Una distinción, por cierto, harto problemática, dado que de la Constitución no caber derivarla claramente. Al respecto, véanse las interesantes reflexiones de DÍAZ REVORIO, F. J., «Desactivando conceptos constitucionales: la suspensión de derechos y los estados excepcionales», en Garrido López (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Col. Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, pp. 128 ss., para quien «la respuesta adecuada requiere acudir a la idea de contenido esencial, límite infranqueable de los límites, es decir, contralímite que nunca podrá verse afectado en la regulación de un derecho... salvo que este se haya suspendido».

(28) En general, sobre los estados excepcionales, véase el ya clásico libro de CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984. Muy recientemente se ha ocupado del tema GARRIDO LÓPEZ, C., *Decisiones excepcionales y garantía jurisdiccional de la Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 2021 (ver especialmente el Capítulo III. Las decisiones excepcionales y sus garantías en el régimen constitucional español). En relación con naturaleza y el presupuesto habilitante del estado de alarma, véase ARROYO GIL, A., «La naturaleza del estado de alarma...», pp. 18 ss.

(29) Mediante Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, modificado por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo. Fue prorrogado con la preceptiva autorización del Congreso de los Diputados en 6 ocasiones, hasta el 21 de junio de 2020.

(30) Mediante Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre. Tuvo una duración de quince días.

(31) Mediante Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre. Fue prorrogado por Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por un período de seis meses, desde el 9 de noviembre de 2020 hasta las 00:00 hs. del día 9 de mayo de 2021.

mente), por muy severas que fueran (confinamiento general o parcial; limitaciones horarias –«toque de queda»–; cierre perimetral –autonómico o local–; etc.), no dejan de ser una limitación (proporcionada a las circunstancias, tal y como exige el art. 1.2 *in fine* LOAES) del derecho a la libertad de circulación, lo que resultaría acorde al estado excepcional declarado, el de alarma (32).

Aunque no nos podemos detener en el análisis pormenorizado de todas y cada una de ellas, sí podemos apreciar que hasta esa primera declaración del estado de alarma con motivo de la pandemia, dejando de lado algunas medidas adoptadas semanas o días antes por ciertas Comunidades autónomas e, incluso, Ayuntamientos, el derecho a la libre circulación tan solo había experimentado limitaciones puntuales que afectaban a determinadas personas individualmente consideradas. Lo novedoso, por tanto, es que el estado de alarma vino acompañado de unas medidas, fundamentalmente el llamado «confinamiento domiciliario», que suponían una limitación general y muy severa, de este derecho, tan solo aliviada por algunas excepciones que se preveían en el propio artículo 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

Esta regulación tan restrictiva de un derecho fundamental fue posible porque el Tribunal Constitucional ya había afirmado que el Real Decreto declarativo del estado de alarma tiene rango o valor de ley (STC 82/2016, de 28 de abril, FFJJ 10 y 11 (33)), sorteándose así, en primera instancia, el obstáculo de la reserva de ley para la limitación de derechos fundamentales, en tanto que único modo efectivo de asegurar que estos «no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes» y de «garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas» (STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4) (34).

No obstante, lo que se discute ahora es si tales limitaciones o restricciones han supuesto una alteración de los contornos básicos de este derecho, la libertad de circulación, tal y como había venido siendo entendido hasta el momento (35). En el fondo, lo que nos estamos preguntando es si el derecho a circular libremente por el territorio nacional es susceptible de ser limitado por parte del Real Decreto que declara el estado de alarma de una manera que hasta el momento resultaba desconocida para la legislación ordinaria (ya fuera en materia de salud pública, sanidad, seguridad, etc.).

(32) Entre la doctrina científica no fue esta, sin embargo, una posición unánimemente aceptada. Hubo autores que entendieron, efectivamente, que no había tenido lugar una crisis de orden público originada por un conflicto político (como parecería lo propio del estado de excepción) y no se habían llegado a suspender derechos fundamentales, pese a que se hubiera restringido alguno de manera muy severa, particularmente el derecho a circular libremente (Pedro Cruz, Marc Carrillo, Javier Tajadura, Francisco Velasco, Carlos Garrido, María Luz Martínez, etc.); por el contrario, para otra parte importante de la doctrina científica sí se había producido una suspensión de derechos y, por tanto, lo que hubiera correspondido es declarar el estado de excepción (Manuel Aragón, Francisco J. Díaz Revorio, Lorenzo Cotino, Germán Teruel, Sara Sieira, Dionisio Fernández de Gatta, etc.). Puede verse un resumen de esta discusión en ARROYO GIL, A., «La naturaleza del estado de alarma...», pp. 32 ss.

(33) El Real Decreto que declara el estado de alarma integra, «sumándose a la Constitución y a la Ley Orgánica 4/1981, el sistema de fuentes del derecho de excepción, al complementar el derecho de excepción de aplicación en el concreto estado declarado. Y esta legalidad excepcional que contiene la declaración gubernamental desplaza durante el estado de alarma la legalidad ordinaria en vigor» (STC 82/2016, de 28 de abril, FJ 10).

(34) *Vid.* asimismo, entre otras muchas, las SSTC 184/2003, de 23 de octubre; y 112/2006, de 5 de abril.

(35) Esta es la posición, entre otros, de DÍAZ REVORIO, F. J., «A vueltas con la suspensión de los derechos fundamentales», *Almacén de Derecho* (versión digital), 9 de abril de 2020.

Si la respuesta fuese negativa, esto es, si mediante dicho Real Decreto declarativo del estado de alarma no se pudiesen llevar a cabo restricciones más fuertes de este derecho que las que cabe realizar mediante la legislación ordinaria sectorial, habría que justificar por qué se declaró el estado de alarma. Recordemos, a tal efecto, que la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, ya prevé en su artículo primero que «[a]l 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*»; y, más concretamente, en el artículo tercero establece que «[c]on 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*».

Parte de la doctrina (administrativista, sobre todo) ha entendido que esta normativa ofrece, en efecto, cobertura suficiente para que se puedan tomar medidas restrictivas de la libertad de circulación como las que se han adoptado con el Real Decreto que declara el estado de alarma, por lo que se han mostrado críticos con la declaración de este último (valgan por todos, Santiago Muñoz Machado y Vicente Álvarez García (36)). Otra parte, sin embargo, ha apuntado que aunque esas medidas se podían, en efecto, adoptar mediante la aplicación de esta legislación sectorial, razones de eficacia justificaban declarar el estado de alarma, al entender que era preferible centralizar en una sola autoridad (estatal) la adopción de unas medidas que, en otro caso, hubiera correspondido adoptar a las autoridades autonómicas, las principales competentes en situación de normalidad (valgan por todos, Tomás de la Quadra-Salcedo Janini (37) y Andrés Boix Palop (38)). Sin embargo, para la mayor parte de la doctrina (constitucionalista, fundamentalmente) esas previsiones de la Ley Orgánica 3/1986 resultan excesivamente genéricas o indeterminadas, siendo, en consecuencia, insuficientes para amparar la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales tan drásticas como las que se adoptaron en el Real Decreto que declaró el estado de alarma, pues, como ha declarado el Tribunal Constitucional (39), tal cosa exige una mayor concreción en la ley.

Pues bien, en mi opinión, es ahí donde se encuentra la clave de bóveda de esta disputa doctrinal: el derecho a la libertad de circulación no puede ser limitado de forma tan severa como lo ha sido a través de la actuación del Gobierno competente (autonómico o estatal) si no se dispone de una cobertura legal que sea lo suficientemente precisa, y que por necesidad ha de venir establecida en una ley orgánica,

(36) MUÑOZ MACHADO, S., «El poder y la peste de 2020», y ÁLVAREZ GARCÍA, V., «El comportamiento del Derecho de crisis durante la segunda ola de la pandemia», ambos en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 90-91, 2020-2021, pp. 124 ss. y p. 34, respectivamente.

(37) QUADRA-SALCEDO JANINI, T. de la, «Estado autonómico y lucha contra la pandemia», en BIGLINO CAMPOS, P./DURÁN ALBA, J. F., *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el ordenamiento constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Col. Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, p. 81.

(38) BOIX PALOP, A., «COVID-19: La batalla jurídica contra la pandemia y los estados de alarma “territorializados”», en <http://www.lapaginadefinitiva.com/aboix/?p=1722>.

(39) *Íbid.*, entre otras, la STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 5.d).

pues lo que se está afectando, en realidad, es la propia configuración de los contornos esenciales del derecho (su desarrollo, en definitiva) (40). Dado que la Ley Orgánica 3/1986 carece de esa concreción suficiente para garantizar las exigencias del principio de legalidad y de reserva de ley [STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 5.d)], fue necesario declarar el estado de alarma, que, por su propia naturaleza de derecho excepcional al que se remite la Constitución (art. 116), y que encuentra desarrollo en la Ley Orgánica 4/1981, en principio, sí ofrecería cobertura suficiente para llevar a efecto dichas severas limitaciones expresadas en el Real Decreto correspondiente.

Aunque después volveremos sobre esta crucial cuestión, cabe imaginar que si se reformase la Ley Orgánica 3/1986, o se aprobara otra ley orgánica singularmente dedicada a regular la actuación de los poderes públicos en caso de crisis sanitaria provocada por una grave epidemia o una pandemia global, de modo que se precisaran mejor las medidas limitativas de los derechos fundamentales que cabría adoptar, nos encontraríamos ante dos posibilidades: o bien que los poderes públicos competentes en materia de sanidad (estatales o autonómicos) actuaran de conformidad con esa ley orgánica reformada (o esa nueva ley orgánica), cada uno dentro de su ámbito competencial, lógicamente; o bien que, en el caso de que se considerase preciso un mando único (estatal) por razones de eficacia, y no siendo esto posible llevarlo a efecto a partir de la competencia que al Estado corresponde en materia de coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16.^a CE), hubiera que declarar el estado de alarma para conseguir ese objetivo.

Más allá de la cuestión competencial, conviene hacer una somera referencia a los contornos definitorios del derecho a la libre circulación a fin de determinar si los mismos se han visto alterados por las medidas adoptadas durante el estado de alarma. Ciertamente, estas medidas han sido muy restrictivas del alcance del derecho, en tanto que han convertido prácticamente en excepción lo que debería ser regla: la libertad para moverse libremente de un lugar a otro del territorio nacional sin injerencia alguna del poder público. Durante gran parte del período en que hemos estado sometidos al estado de alarma, y muy especialmente, desde el 14 de marzo hasta el 21 de junio de 2020 (vigencia del primero de estos estados), con un confinamiento general muy estricto, la regla ha sido la prohibición de moverse de casa, salvo en aquellos casos excepcionales en que concurrieran determinadas causas debidamente justificadas (art. 7. Limitación de la libertad de circulación de las personas, del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, modificado por la disposición final 1.1 del Real Decreto 492/2020, de 24 de abril). Desde ese punto de vista, es cierto que el derecho ha quedado, en buena medida, desdibujado, viéndose su contenido esencial (41)

(40) Y es que, en efecto, el Tribunal Constitucional «ha calificado la ley orgánica como legislación extraordinaria o “excepcional” (SSTC 76/1983; 160/1987, fundamento jurídico 2.º, entre otras), en la medida en que “tiene una función de garantía adicional que conduce a reducir su aplicación a las normas que establecen restricciones de esos derechos o libertades o las desarrollan de modo directo, en cuanto regulan aspectos consustanciales a los mismos, excluyendo por tanto aquellas otras que simplemente afectan a elementos no necesarios sin incidir directamente sobre su ámbito y límites” (STC 101/1991, fundamento jurídico 2.º)» (STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 7).

(41) Tal y como se viene entendiendo este contenido esencial desde la STC 11/1981, de 8 de abril: haz de «facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito» e «intereses jurídicamente protegidos». En esta misma sentencia se concluye que «se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a

puesto en cuestión, en tanto que no nos podíamos desplazar libremente de un lugar a otro, salvo que concurrieran determinadas condiciones habilitantes (42).

Esta simple forma de ver las cosas parte, sin embargo, de un *a priori* que podemos cuestionar: la mayor parte de los derechos fundamentales, incluido el que nos ocupa, la libertad de circulación, pese a tener una formulación general, en la medida en que la Constitución –según hemos visto– prácticamente se limita a enunciarlo, no se puede aplicar con ese mismo alcance general o ilimitado. En un plano teórico, todo derecho tiende a expandirse tanto como sea posible (mandato de optimización), pero, en cada caso concreto, solo se puede aplicar en tanto en cuanto no suponga un riesgo que se considere insoportable para otros derechos (dotados, por lo general, de igual *vis expansiva*) o bienes constitucionales que merecen asimismo una alta protección. Es ahí donde entra en juego la llamada «teoría de la ponderación» y el principio de proporcionalidad (con su triple test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) (43), ideados para justificar esas limitaciones de los derechos fundamentales que, pese a que puedan llegar a ser muy severas, se consideran, sin embargo, constitucionalmente admisibles (44). En la medida en que esa ponderación quepa, o en que haya margen para la apreciación de si una medida es o no proporcional, no se podría hablar de suspensión de derechos (45).

limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección» (FJ 8). A tal efecto, cabría preguntarse si, como señala GOIZUETA VÉRTIZ, J., *El derecho a la libre circulación...*, p. 3, es posible entender que «no existe un concepto fijo predeterminado *a priori* que nos permita concretizar, obviando la casuística, cuál es el contenido esencial del derecho a la libre circulación», de ahí que sea «necesario analizar y desgranar los límites que en cada caso pueden oponerse al ejercicio de este derecho en territorio español. En definitiva, solo una vez precisados los límites al ejercicio del derecho podremos definir su contenido esencial».

(42) Esta es la tesis que sostiene en el trabajo mencionado DÍAZ REVORIO, F. J., «Desactivando conceptos constitucionales...». En la misma línea, COTINO HUESO, L.: «La (in)constitucionalidad de las restricciones y suspensión de la libertad de circulación por el confinamiento frente a la COVID», en Garrido López, C. (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Col. Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, pp. 193, defiende que «el confinamiento estricto supuso la suspensión de la libertad de circulación porque afectó a su contenido esencial», si bien concluye defendiendo la necesidad de mantener «cierta deferencia a la discrecionalidad del Gobierno a la hora de adoptar situaciones excepcionales, más en un marco jurídico incierto por falta de precedentes importantes y todo el contexto de incertidumbre generalizada».

(43) STC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.

(44) Como señala NARANJO DE LA CRUZ, R., *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, CEPC, Madrid, 2000, p. 140, la ponderación y el principio de proporcionalidad son el sustrato sobre el que descansa la teoría de los límites de los derechos fundamentales respetuosos de su contenido esencial. Por su parte, MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación legislativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1996, p. 147, sostiene que el contenido esencial es aquella parte del derecho que comienza cuando el límite deja de ser proporcionado.

(45) Véase la interesante distinción que brevemente nos recuerda GARCÍA FIGUEROA, A., «Estado de alarma, estado de excepción y libertad de circulación», *Almacén de Derecho*, 8 de abril de 2020, entre «reglas» y «principios» y las conclusiones que de ahí extrae en relación con los límites de los derechos fundamentales, y, en concreto, con la libertad de circulación, y su discutida suspensión: el «derecho fundamental a la libertad de circulación no queda suspendido hasta que deje de ser ponderable con otros (...) El principio *jusfundamental* de la libertad de circulación más bien parecería en suspenso cuando se sustrajera al juego de ponderaciones propio de su naturaleza *principal*» (p. 8). Desde una visión parcialmente diferente, DÍAZ REVORIO, F. J., «Desactivando conceptos constitucionales...», pp. 17 ss. Sobre la superación del test de proporcionalidad por parte de las medidas de confinamiento domiciliario adoptadas por el Real Decreto 463/2020, véase GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., «Limitación o suspensión? Una teoría de los límites a los derechos fundamentales para evaluar la adopción de estados excepcionales», en Garrido López, C. (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el*

Es cierto que el artículo 7 RD 463/2020 establece una prohibición *quasi* general de circulación, pese a que venga acompañada de numerosas excepciones. La razón que justifica dicha prohibición es evidente, y constitucionalmente legítima: hacer frente a una pandemia de origen viral (Covid-19) que se ha demostrado altamente contagiosa y con elevado índice de mortalidad. Son, por tanto, derechos y bienes constitucionales tan valiosos como la vida (art. 15 CE), la protección de la salud y la organización y tutela de la salud pública (art. 43 CE) los que justifican esas severas restricciones. Parecen razones suficientemente justificadas. Y las múltiples excepciones que se prevén resultan igualmente suficientes para entender que las mismas no se pueden identificar con una suspensión del derecho a la libre circulación (esto es, con su pérdida de vigencia, aunque sea temporalmente), sobre todo, teniendo en cuenta la apertura que ofrecen los apartados g) y h) del citado artículo 7 RD 463/2020 («Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad» y «Cualquier otra actividad de análoga naturaleza», respectivamente), que permiten llevar a cabo, en el caso concreto, un juicio de ponderación y proporcionalidad para determinar si se ha conculcado, o no, la prohibición *quasi* general de no circular.

Cuestión distinta es si el Real Decreto declarativo del estado de alarma tiene rango suficiente para proceder a esas serias restricciones, pues pese a que el Tribunal Constitucional haya reconocido que el mismo tiene rango o valor de ley (STC 83/2016), la cuestión es si no debería haber sido una ley orgánica (en concreto, la LOAES) la que precisara con mayor detalle las limitaciones que impone el Real Decreto, en la medida en que mediante ellas, en realidad, lo que se está haciendo es dotar de unos contornos al derecho fundamental a la libre circulación que bien podrían entenderse configuradores del mismo. Dicho de otro modo, parecería que nos encontramos más en el terreno del desarrollo del derecho (por ley orgánica) que en la mera regulación de su ejercicio (por ley ordinaria), dado que son los contornos de su contenido esencial los que se verían afectados por dichas limitaciones. Y, a tal efecto, cabe dudar de que la Ley Orgánica 4/1981, pese a su expresa cobertura constitucional, cumpla con los requisitos de concreción que son exigibles para que una limitación tan seria de un derecho fundamental sea admisible.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

En conclusión, resulta altamente cuestionable que las severas medidas limitadoras del derecho a la libre circulación para hacer frente a la pandemia (especialmente, el llamado «confinamiento domiciliario») pudieran legítimamente adoptarse (por las Comunidades autónomas, principales competentes en la materia) al amparo de las previsiones de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, de igual forma que es dudoso que dichas medidas, adoptadas por el Real Decreto que declara el estado de alarma, tengan cobertura legal suficiente en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. En ambos supuestos por las mismas razones de seguridad jurídica y respeto al principio de legalidad en la limitación de los derechos

estado de alarma en España, Col. Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, p. 105.

fundamentales, que, en un caso como este, dado el grave alcance restrictivo de dichas medidas, demandarían que fuera una ley orgánica la que precisara con mayor concreción el contenido de las mismas, cosa que ni una ley orgánica ni la otra hacen. Únicamente poderosas razones de necesidad (y eficacia) son las que permiten justificar la aceptación de esas medidas incluidas en el Real Decreto declarativo del estado de alarma, debiéndose rechazar, en todo caso, la pretensión de que las mismas puedan también ser adoptadas en aplicación de la Ley Orgánica 3/1986, pues mientras que aquel (el referido Real Decreto) se desenvuelve en el ámbito del derecho de excepción, al que la propia Constitución se remite, un ámbito en el que inevitablemente se ha de dejar un margen para que la respuesta concreta provenga de la necesidad de hacer frente a la crisis de que se trate, en el terreno de la legislación ordinaria, por el contrario, se ha de velar con mucho mayor cuidado porque el respeto al principio de legalidad sea escrupulosamente respetado. Sea como fuere, lo que, tanto en un caso como en el otro, conviene es proceder a una reforma de sendas leyes orgánicas a fin de disponer en el futuro de un arsenal jurídico mejor preparado para afrontar las próximas crisis, que, por muy imprevisibles que sean, acabarán inevitablemente llegando.

VIII. UN EPÍLOGO DE URGENCIA

Cuando se encontraba ya a punto de impresión el presente volumen se dio a conocer la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 14 de julio de 2021, que resolvía el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2020, interpuesto por más de cincuenta diputados del grupo parlamentario de Vox del Congreso de los Diputados contra el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (arts. 7, 9, 10 y 11), por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19, así como los Reales Decretos ulteriores, de modificación de este (RD 465/2020, de 17 de marzo) y de prórrogas del estado de alarma (RRDD 476/2020, de 27 de marzo; 487/2020, de 10 de abril; y 492/2020, de 24 de abril).

Aunque no nos podemos detener en el análisis pormenorizado de la sentencia, y de los cinco votos particulares que se formularon, sí interesa hacer alguna referencia crítica al núcleo de la argumentación que ha llevado a la mayoría del Tribunal (6 magistrados) a declarar inconstitucionales las medidas limitativas del derecho a la libertad de circulación de las personas contenidas en el apartado 1 del art. 7 del RD 463/2020, por considerar que las mismas suponían, en realidad, no una mera limitación, sino una suspensión de aquel derecho reconocido en el art. 19 CE.

A tal efecto, el TC comienza reconociendo (FJ 3), de manera un tanto indiferenciada, que “el decreto declarativo de un estado de alarma podrá llegar a establecer restricciones o “limitaciones” de los derechos fundamentales que excedan las ordinariamente previstas en su régimen jurídico, pues de lo contrario carecería de sentido la previsión constitucional de este específico estado de crisis (art. 116.1 y 2 CE)”. Lo que no quiere decir que esas restricciones, aunque extraordinarias, sean ilimitadas; pues, de hecho, “no pueden llegar hasta la suspensión del derecho, so pena de vaciar (...) de sentido el art. 55.1 CE”. Además, “dichas limitaciones deberán respetar, en todo caso, los principios de legalidad y de proporcionalidad, ya que de lo contrario el derecho afectado quedaría inerte ante el poder público”.

El problema de fondo, según el TC, se encuentra en diferenciar el concepto de “limitación” (o “restricción”) del de “suspensión”. A tal efecto, considera que el primero es más amplio que el último: “toda suspensión es una limitación, pero no toda limitación implica una suspensión. La suspensión es, pues, una limitación (o restricción) especialmente cualificada”. Y continúa: “la suspensión (...) parece configurarse como una cesación, aunque temporal, del ejercicio del derecho y de las garantías que protegen los derechos (constitucional o convencionalmente) reconocidos; y que solo en ciertos casos, y respecto de ciertos derechos, puede venir amparada por el artículo 55.1 CE”.

A partir de esta diferenciación conceptual, que, como señalan en sus respectivos Votos particulares los Magistrados Balaguer y Conde-Pumpido, bien puede caracterizarse como poco precisa y generadora de inseguridad jurídica, el TC recuerda que, de conformidad con el art. 55.1 en relación con el art. 116 CE, en el estado de alarma no cabe suspender derechos, sino solo limitarlos, de manera, en todo caso, proporcionada a las circunstancias. Dicha suspensión únicamente cabría en los estados de excepción y sitio.

Poco después (FJ 5), el TC entra a verificar si, tal y como se reclama en la demanda, la medida de “confinamiento domiciliario” prevista en el art. 7 RD supone una infracción del art. 19 CE, considerando que, en efecto, la misma “limita o restringe de modo drástico, hasta el extremo de alterar o excepcionar *pro tempore*”, el contenido esencial de aquel derecho fundamental, garantizado en el art. 53.1 CE. Con todo, no es ese el problema, sino que este radica, más bien, en determinar si dicha medida “puede encontrar amparo en la declaración del estado constitucional de alarma”, en la medida en que “es la propia Constitución la que ha previsto la posibilidad de limitaciones extraordinarias en su artículo 116 (número 1 y 2)”. Verificada su acomodación a la Ley Orgánica 4/1981, habrá que determinar si su alcance puede ser calificado como una suspensión del derecho, vedada para el estado de alarma.

Y es precisamente en este punto en el que el TC, sin apenas argumentación alguna, y sin atender a la proporcionalidad (o falta de ella) de las medidas cuestionadas, sostiene que estas suponen una restricción del derecho a la libre circulación de carácter “general en cuanto a sus destinatarios, y de altísima intensidad en cuanto a su contenido, lo cual, sin duda, excede lo que la LOAES permite “limitar” para el estado de alarma [“la circulación o permanencia... en horas y lugares determinados”: art. 11, letra a)]”. En consecuencia, el TC entiende que el art. 7.1 RD “no delimita un derecho a circular libremente en un ámbito (personal, espacial, temporalmente) menor, sino que lo suspende *a radice*, de forma generalizada, para todas “las personas”, y por cualquier medio. La facultad individual de circular “libremente” deja pues de existir, y sólo puede justificarse cuando concurren las circunstancias expresamente previstas en el real decreto”. En definitiva, el TC entiende que dicha medida supone “un vaciamiento de hecho o, si se quiere, una suspensión del derecho”, proscritos en el estado de alarma. Y continúa: “Otra cosa implicaría dejar exclusivamente en manos de la autoridad competente (...) la noción misma de “suspensión” utilizada por el constituyente, otorgándole la posibilidad de limitar otros derechos fundamentales garantizados por nuestra Norma Fundamental, de forma generalizada y con una altísima intensidad, mediante el simple expediente de afirmar (unilateralmente, sin posibilidad de debate y autorización parlamentaria previos, ni de control jurisdiccional ordinario) su carácter “meramente” restrictivo, y no suspensivo”.

Pues bien, *mutatis mutandis*, esta observación crítica final del TC en relación con la actuación de la autoridad competente es perfectamente predicable de lo que él mismo hace en esta sentencia, mediante el expediente de afirmar el carácter suspensivo, no meramente restrictivo, de una medida (la limitación a la libertad de circulación), sin apenas justificarlo, y sin atender a la relevancia que tiene el hecho de que el art. 7.1 RD disponga un elenco de excepciones a dicha limitación que no se pueden “menospreciar” sin más, incluidas aquellas a las que se refieren las letras “g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad” y “h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza”, tal y como señala la Magistrada Balaguer en su Voto particular. Una excepciones, por cierto, que hubieran posibilitado llevar a efecto una interpretación del citado art. 7.1 RD que lo hiciera perfectamente compatible con la Constitución y la LOAES, en la medida en que cabría sostener la posibilidad de llevar a cabo, en el caso concreto, un juicio de ponderación que permitiera decidir si la actuación de una persona supone el legítimo ejercicio del derecho a circular libremente o una vulneración de la prohibición contenida en el art. 7 RD. Ponderación que en ningún caso sería posible si lo que se hubiese decretado es una suspensión (o vaciamiento) de dicho derecho fundamental, tal y como apunta el Presidente del TC, Sr. González Rivas, en su Voto particular. En esta misma línea, el Magistrado Xiol en su Voto particular, señala: “Precisamente porque el art. 19 CE tiene plena eficacia puede ejercerse un control de constitucionalidad de tales medidas de acuerdo con los parámetros que, según establece la jurisprudencia del Tribunal, han de tomarse en consideración para analizar las limitaciones que conforman el contenido esencial de los derechos fundamentales (previsión legal, fin constitucionalmente legítimo y respeto del principio de proporcionalidad)”.

En relación, precisamente, con este principio, lo cierto es que en la sentencia se echa en falta una mayor argumentación centrada en la proporcionalidad de las medidas adoptadas en el RD. Que el TC no ponga en duda que las mismas eran, en efecto, idóneas, necesarias y proporcionales en sentido estricto para hacer frente al grave desafío pandémico, tal y como lo hace en el FJ 11, es muy significativo. El problema es que el TC no extrae de ahí la conclusión evidente que de ello se deriva: reconocer que tales medidas son proporcionadas inevitablemente lleva a concluir que las mismas no rigen en el terreno de la suspensión, sino en el que les es propio, el de la limitación de los derechos. Es precisamente la patente tensión entre los derechos y bienes constitucionales en juego (libertad de circulación vs. derecho a la vida y salud pública, entre otros) lo que nos permiten afirmar que las medidas limitativas de dicha libertad, por muy severas que fueran, resultaban proporcionadas (como sostienen los Magistrados Xiol y Balaguer en sus Votos particulares). Si hubiese habido auténtica suspensión de aquel derecho a circular libremente no cabría hablar de proporcionalidad alguna. A esta idea parece que apunta también el Magistrado Ollero en su Voto particular, cuando señala: “La clave, a mi juicio, radica en que al declarar el estado de excepción se decide, a priori, afectar al contenido esencial de derechos fundamentales. Por el contrario considero que el estado de alarma solo se convierte en inconstitucional cuando se detecta a posteriori -puede que incluso de modo cautelar- que la limitación de los derechos en las previsiones de la norma o en la aplicación a un caso concreto es desproporcionada, afectando por tanto a su contenido esencial”.

A todo ello se ha de añadir un argumento no menor que, de nuevo, el Presidente del TC, en su Voto particular, señala con claridad: en su opinión, en la sentencia se maneja un concepto sustantivo de suspensión, cuando tal cosa “solo existe cuando así

se acuerda formalmente por el poder público que tiene atribuida tal facultad. Suspender los derechos fundamentales supone sustituir su vigencia por el régimen jurídico que, a juicio del poder público habilitado para ello, conviene a la situación de emergencia. Es claro que, en este caso, no se ha adoptado una decisión formal de esta clase, con lo que ninguno de los derechos fundamentales ha sido suspendido en sentido propio”. Es más, si el art. 19 CE mantiene su vigencia, como reconoce la sentencia, “es porque no se encuentra suspendido”. En la misma línea se pronuncian los Magistrados Xiol y Conde-Pumpido en sus Votos particulares. Este último sostiene que “[l]a suspensión exige una declaración formal que explícitamente la prevea y su consecuencia es que el derecho formalmente suspendido pierde las (...) garantías constitucionales”, llegando a la severa conclusión de que “[l]a razón para calificar como una suspensión una restricción muy intensa de un derecho fundamental no parece ser otra que (...) permitir un atajo argumental para lograr una declaración de inconstitucionalidad. Es un atajo con el que se pretende, por un lado, eludir un juicio de proporcionalidad más riguroso y complejo, basado en el principio de proporcionalidad; y por otro, permitir que se produzca la declaración de inconstitucionalidad de la medida adoptada aun cuando la misma pudiese superar tal juicio de proporcionalidad”.

Pues bien, sin ánimo alguno de entrar en valoraciones de este tipo, sí parece posible afirmar, en sintonía con el Voto particular que formula el Magistrado Xiol, que la Sentencia objeto de atención presenta indudables carencias o debilidades argumentales. Y el fallo al que llega (estimar parcialmente el recurso de inconstitucional contra el RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma) resulta, cuando menos, discutible, no solo en el terreno en el que ha de serlo (el jurídico), sino también en otro que todo TC debe tener siempre presente en su actuación: la obligada deferencia hacia el legislador, aunque en este caso la norma con rango de ley impugnada haya sido aprobada, en primera instancia, por el Gobierno (sin perjuicio de sus ulteriores prórrogas parlamentarias). Como parece que, en este caso, tal y como se ha señalado, era posible llevar a cabo una interpretación del RD mencionado que lo hiciera perfectamente compatible con la Constitución y la LOAES, que no haya finalmente sucedido así merece también ser objeto de crítica por esa razón.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, V., «El comportamiento del Derecho de crisis durante la segunda ola de la pandemia», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 90-91, 2020-2021, respectivamente.
- ARROYO GIL, A., «La naturaleza del estado de alarma y su presupuesto habilitante», en Garrido López (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Col. Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021 (https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/2_arroyo_gil_la_naturaleza_del_estado_de_alarma.pdf).
- BANACLOCHE PALAO, J., *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*, McGraw Hill, Madrid, 1996.

- BASTIDA FREIJEDO, F. J., «Libertad de circulación», en Aragón Reyes, M. (dir.)/Aguado Renedo, C. (codir.), *Derechos fundamentales y su protección*, Temas básicos de Derecho Constitucional, tomo III, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- BOIX PALOP, A.: «COVID-19: La batalla jurídica contra la pandemia y los estados de alarma “territorializados”», en <http://www.lapaginadefinitiva.com/aboix/?p=1722>.
- CASTELLS ARTECHE, J. M., *El derecho de libre desplazamiento y el transporte en España*, Hora H: Seminarios y Ediciones, Madrid, 1974.
- COTINO HUESO, L., «La (in)constitucionalidad de las restricciones y suspensión de la libertad de circulación por el confinamiento frente a la Covid», en Garrido López, C. (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Col. Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021 (file:///C:/Users/anton/Downloads/05_cotino_hueso_la_inconstitucionalidad_retricciones_libertad_circulacion%20(1).pdf).
- CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.
- DÍAZ REVORIO, F. J., «A vueltas con la suspensión de los derechos fundamentales», Almacén de Derecho (<https://almacenederecho.org/a-vueltas-con-la-suspension-de-los-derechos-fundamentales>), 9 de abril de 2020.
- «Desactivando conceptos constitucionales: la suspensión de derechos y los estados excepcionales», en Garrido López (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Col. Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021 (file:///C:/Users/anton/Downloads/4_diaz_revorio_desactivando_conceptos_constitucionales.pdf).
- DÍEZ-PICAZO, L. M.^a, *Sistema de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, 5.^a ed., Valencia, 2021.
- DURÁN ALBA, J. F., «Afectaciones a la libertad de circulación derivadas del estado de alarma declarado a causa de la crisis “COVID-19”», en Biglino Campos, P. / Durán Alba, J. F.: *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el ordenamiento constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Col. Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021 (https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/10_juan_duran_libertad_de_circulacion.pdf).
- FERNÁNDEZ-MIRANDA ALONSO, F., «Artículo 19. Libertad de circulación y residencia», en Alzaga Villamil, Ó. (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo II (arts. 10 a 23), Cortes Generales, Edersa, Madrid, 1996.
- GARCÍA FIGUEROA, A., «Estado de alarma, estado de excepción y libertad de circulación», *Almacén de Derecho* (<https://almacenederecho.org/estado-de-alarma-estado-de-excepcion-y-libertad-de-circulacion>), 8 de abril de 2020.
- GARRIDO LÓPEZ, C., *Decisiones excepcionales y garantía jurisdiccional de la Constitución*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- GOIZUETA VÉRTIZ, J., «Artículo 19...», en Pérez Tremps, P./Saiz Arnaiz, A. (dirs.), *Comentario a la Constitución española*, 40 aniversario 1978-2018, Libro-homenaje a Luis López Guerra, tomo I (Preámbulo a art. 96), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- *El derecho a la libre circulación y residencia en la Constitución española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007 [versión online: Documento TOL1.108.791].
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., «Limitación o suspensión? Una teoría de los límites a los derechos fundamentales para evaluar la adopción de estados excepcionales», en Garrido López, C. (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Col. Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021 (https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/3_itziar_gomez_limitacion_o_suspension.pdf).

- GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. J., *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Civitas, Madrid, 1991.
- LASAGABASTER HERRARTE, I., «Artículo 2. Libertad de circulación», en Lasagabaster Herrarte, I. (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos, Comentario sistemático*, Civitas, Thomson-Reuters, Cizur Menos, 3.ª ed., 2015.
- LOSADA GONZÁLEZ, H., «Artículo 19 ...», en Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M./Casas Baamonde, M.ª E. (dirs.), *Comentarios a la Constitución española*, XL Aniversario, tomo I, BOE, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, M.ª L., «Artículo 45. Libertad de circulación y residencia», en López Castillo, A. (dir.), *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación legislativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1996.
- MUÑOZ MACHADO, S., «El poder y la peste de 2020», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 90-91, 2020-2021.
- NARANJO DE LA CRUZ, R., *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, CEPC, Madrid, 2000.
- QUADRA-SALCEDO JANINI, T. de la, «Estado autonómico y lucha contra la pandemia», en BIGLINO CAMPOS, P./DURÁN ALBA, J. F., *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el ordenamiento constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Col. Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021 (https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/documentacion/documentos/2021/20210209_dc_cap3_quadra_salcedo_janini_t_es_o.pdf).
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Artículo 19...», en Garrido Falla, F., *et al.*, *Comentarios a la Constitución española*, 3.ª ed. ampliada, Civitas, Madrid, 2001.

EL DERECHO DE REUNIÓN

Miguel Ángel PRESNO LINERA*

Resumen

Desde la entrada en vigor de la Constitución el derecho de reunión se ha venido ejerciendo sin angosturas merced a su amplio reconocimiento normativo y a la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, la pandemia de COVID-19 está suponiendo, en España y en otros países de nuestro entorno, una importante prueba de resistencia por la necesidad de compatibilizar la puesta en práctica de este derecho con la obligada protección de los derechos a la salud y a la integridad personal, que podrían verse menoscabados si el carácter colectivo que presupone el ejercicio del derecho de reunión no se ve acompañado de las necesarias medidas de garantía para los otros derechos. En las siguientes páginas estudiamos las respuestas legales y jurisprudenciales que se han dado a esa exigencia en el último año, tratando de exponer la que consideramos mejor doctrina.

Palabras clave

Derechos fundamentales, derecho de reunión, derecho a la vida, derecho a la integridad personal, COVID-19.

Abstract

Since the adoption of the Spanish Constitution, the right of assembly has been freely exercised thanks to its broad legal recognition and the Constitutional Court and the European Court of Human Rights respectful case-law on this matter. However, the COVID-19 pandemic, in Spain and other countries around us, has been an important resistance test since it demands to balance the exercise of this right and the protection of the right to health and personal integrity. These rights could be undermined if the exercise of the right of assembly, which is by its own nature collective, is not accompanied by some measures that guarantee other competing rights. In the following pages it will be studied the legal and

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo; presnolinera@gmail.com.

jurisprudential responses that have been given on this regard the last year, trying to explain the one we consider to be the best doctrine.

Keywords

Fundamental rights, right of assembly, right to life, right to personal integrity, COVID-19.

SUMARIO: I. Presentación: teoría y práctica del derecho de reunión. II. Estado de alarma por COVID-19 y derecho de reunión. III. El auto del Tribunal Constitucional 40/2020, de 30 de abril. IV. Algunas consideraciones sobre la limitación de la permanencia de grupos de personas en espacios públicos y privados durante el estado de alarma. V. A modo de breve conclusión. VI. Bibliografía.

I. PRESENTACIÓN: TEORÍA Y PRÁCTICA DEL DERECHO DE REUNIÓN

COMO es sabido, la Constitución española (CE) garantiza en su artículo 21 «el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que solo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes» (1). Pues bien, en este primer apartado expondremos, a partir de la jurisprudencia española e internacional, el «estado de la cuestión» sobre

(1) Enlaza este precepto con lo previsto en el más amplio artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), y también guarda relación con el artículo 12 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), aunque estos dos últimos incluyen, además, la libertad de asociación.

Con carácter general, véanse, sobre el derecho de reunión, los estudios de GAVARA DE GARA, J. C., *El sistema de organización del derecho de reunión y manifestación*, McGraw-Hill, Madrid, 1997; del mismo autor, «Artículo 21», en *Comentarios a la Constitución española. 40 aniversario 1978-2018. Libro-homenaje a Luis López Guerra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, tomo I, pp. 497 ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Derecho de reunión y manifestación*, Civitas, Madrid, 2002; TORRES MUÑOZ, I., *El derecho de reunión y manifestación*, Civitas, Madrid, 1991; BILBAO UBILLOS, J. M., «La libertad de manifestación a examen: ¿una alarma justificada?», *La constitución política de España: estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, CEPC, Madrid, 2016, pp. 525-548; Díez PICAZO, L. M., «Artículo 21», *Comentarios a la Constitución española*, BOE/Tribunal Constitucional, Madrid, Tomo I, 2018, pp. 646 ss. Sobre el alcance del derecho de reunión en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, *Guide on Article 11 of the European Convention on Human Rights* (https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_11_ENG.pdf); BILBAO UBILLOS, J. M., «Las libertades de reunión y asociación: algunas vacilaciones en una trayectoria de firme protección (art. 11 CEDH)», García Roca/Santolaya (coords.) *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2014, Tercera edición, pp. 511-551.

el derecho de reunión empezando por recordar la extraordinaria importancia de este derecho en un Estado democrático en la medida en que está estrechamente vinculado al ejercicio de la libertad de expresión; en este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) tiene dicho que «la protección de las opiniones y la libertad de expresarlas es uno de los objetivos de las libertades de reunión y asociación recogidos en el artículo 11 (asunto *Partido de Libertad y Democracia c. Turquía*, de 8 de diciembre de 1991, § 37) y, al igual que aquéllas, «la libertad de reunión como la recoge el artículo 11 del Convenio, protege una manifestación que moleste u ofenda a las personas opuestas a las ideas o reivindicaciones que esté intentando conseguir» (asuntos *Plataforma «Arzte für das Leben» c. Austria*, de 21 de junio de 1988, § 32, y *Stankov y United Macedonian Organisation Ilinden contra Bulgaria*, de 2 de octubre de 2001, §§ 85 y 86).

Las reuniones protegidas por el CEDH se definen por un determinado objetivo común de las personas participantes (*Navalnyy c. Rusia*, sentencia de la Gran Sala de 15 de noviembre de 2018, § 110), que puede tener un carácter esencialmente político, social, cultural, religioso...

La libertad de reunión incluye el derecho a elegir la hora, la fecha, el lugar y la forma de reunión, dentro de los límites establecidos por el artículo 11.2 (asunto *Sáska c. Hungría*, de 27 de noviembre de 2012, § 21). Por este motivo, en los casos en que el lugar de una reunión es de importancia crucial para los participantes, la orden procedente de la autoridad pública dirigida a modificarlo puede constituir una injerencia en el ejercicio del derecho (caso *Lashmankin y otros c. Rusia*, de 7 de febrero de 2017, § 405), si bien el derecho no incluye de forma automática la facultad de ejercerse en cualquier espacio de dominio público (*Appleby y otros c. Reino Unido*, de 6 de mayo de 2003, § 47), por lo que la prohibición de celebrar reuniones en determinados lugares y por motivos de seguridad no es incompatible con el artículo 11.

El derecho a la libertad de reunión pacífica entraña obligaciones tanto negativas como positivas para los Estados parte en el CEDH (*Öllinger c. Austria*, de 29 de junio de 2006, § 35), que no solo deben abstenerse de imponer restricciones indebidas sino que también deben proteger ese derecho y es que, si bien el artículo 11 tiene por objeto esencialmente proteger a las personas contra la injerencia arbitraria de las autoridades públicas, también puede dar lugar a obligaciones positivas para garantizar el goce efectivo de esos derechos frente a otros (*Kudrevičius y otros c. Lituania*, sentencia de la Gran Cámara de 15 de octubre de 2015, § 158; *Djavit An c. Turquía*, de 20 de febrero de 2003, § 57). Y esa obligación positiva de garantizar el disfrute efectivo de la libertad de reunión reviste especial importancia para las personas cuyas opiniones son impopulares o que pertenecen a minorías, ya que son más vulnerables a la intimidación (*Bączkowski y otros c. Polonia*, de 3 de mayo de 2007, § 64).

Las autoridades internas tienen el deber de tomar las medidas necesarias para garantizar el buen desarrollo de cualquier manifestación legal y, al mismo tiempo, la seguridad de todos los ciudadanos, para lo que disponen de un amplio margen de discrecionalidad en la elección del método a utilizar. En particular, el TEDH ha subrayado la importancia de las medidas de seguridad preventivas, con el fin de garantizar el buen desarrollo de las manifestaciones, reuniones o encuentros, ya sean políticos, culturales o de otro tipo (*Oya Ataman c. Turquía*, de 5 de diciembre de 2006, § 39).

Como la gran mayoría de derechos, también el de reunión está sometido a restricciones que, no obstante, y de acuerdo con el artículo 11.2 CEDH, deben estar previstas en una ley y ser medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos.

Las medidas limitativas del derecho deben responder a una «necesidad social apremiante» y ser proporcionadas al «objetivo legítimo», y las razones invocadas por las autoridades nacionales para justificarlas deben ser «pertinentes y suficientes». Además, hay que distinguir las restricciones al derecho de reunión basadas en el contenido de las que tienen una naturaleza técnica.

En cuanto a las primeras, el artículo 11 garantiza una fuerte protección a las manifestaciones públicas que forman parte de la vida política nacional o local y hay pocas situaciones en las que se pueda prohibir legítimamente una reunión sobre la base de la sustancia del mensaje que los participantes se proponen transmitir: las autoridades no deben contar con la facultad de prohibir una manifestación basándose en considerar el «mensaje» de los manifestantes como erróneo o inadecuado, especialmente cuando es el facultado para limitar o prohibir la reunión pública en cuestión el que está principalmente en el punto de mira de los críticos. El TEDH somete las restricciones de la libertad de reunión basadas en el contenido al control más estricto (caso *Navalnyy c. Rusia*, ya citado § 134; *Primov y otros c. Rusia*, de 12 de junio de 2014, §§ 134-135). Y es que en una sociedad democrática basada en el estado de derecho, las ideas que desafían el orden establecido y cuya realización se defiende por medios pacíficos deben tener la oportunidad adecuada de expresarse mediante el ejercicio de la libertad de reunión y otros medios lícitos (*Stankov y Organización Macedonia Unida Ilinden c. Bulgaria*, de 2 de octubre de 2001, § 97; *Sergei Kuznetsov c. Rusia*, de 23 de octubre de 2008, § 45).

Respecto a las segundas, una prohibición general de las manifestaciones solo puede justificarse si existe un riesgo real de que den lugar a disturbios que no puedan evitarse con otras medidas menos estrictas. Y el TEDH ha reiterado que la injerencia en el ejercicio de la libertad de reunión pacífica no tiene por qué equivaler a una prohibición absoluta, legal o *de facto*, sino que puede consistir en otras medidas diversas adoptadas por las autoridades (asunto *Laguna Guzmán c. España*, de 6 de octubre de 2020, § 40).

En la misma línea, el Tribunal Constitucional (STC 193/2011, de 12 de diciembre, FJ 3), también ha insistido en que:

«el derecho de reunión –del que el derecho de manifestación es una vertiente (STC 96/2010, de 15 de noviembre, FJ 3)– se caracteriza como «una manifestación colectiva de la libertad de expresión efectuada a través de una asociación transitoria de personas que opera de manera instrumental al servicio del intercambio o exposición de ideas, de defensa de intereses o de publicidad de problemas y reivindicaciones, cuyos elementos configuradores son el subjetivo (agrupación de personas), el temporal (duración transitoria), el finalista (licitud de la finalidad) y el real u objetivo (lugar de celebración)... Existe, pues, una estrecha vinculación entre el derecho de reunión y manifestación y el derecho a la libre expresión... El derecho de reunión se convierte, así, en uno de los ejes vertebradores (cauce del principio democrático participativo) del Estado social y democrático de Derecho proclamado en la Constitución,

cuyo contenido, sin embargo, puede verse modulado por los límites a su ejercicio que forzosamente impone la protección de otros bienes o derechos constitucionales.»

Finalmente, el derecho fundamental de reunión es, de conformidad con el artículo 55.1 CE, susceptible de ser suspendido «cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución», lo que excluye, como es obvio, su suspensión en los supuestos de declaración del estado de alarma. Ahora bien, este derecho, como la inmensa mayoría, no es absoluto o ilimitado, «sino que, al igual que los demás derechos fundamentales, puede verse sometido a ciertas modulaciones o límites, entre los que se encuentran tanto el específicamente previsto en el propio artículo 21.2 CE –alteración del orden público con peligro para personas y bienes–, como aquellos otros que vienen impuestos por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado del derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales (STC 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2). Límites que... han de ser necesarios «para conseguir el fin perseguido debiendo atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se impone... y, en todo caso, respetar su contenido esencial» (STC 193/2012, FJ 3).

En la muy reciente STC de 30 de junio (sin asignación de número al cerrar estas páginas, caso «Aturem el Parlament») el TC ha insistido en que «dado que las reuniones y manifestaciones son, en muchas ocasiones, espacios de visibilización de intereses no satisfechos y de reivindicación, la exigencia del carácter pacífico de la reunión sirve también para excluir del ámbito constitucionalmente tutelado las reuniones y manifestaciones durante las que se alcancen de forma generalizada determinados niveles de ejercicio intencional de violencia, en particular, cuando se den excesos agresivos de cierta intensidad contra las personas o los bienes...» (FJ 4.b). El TC concluye (FJ 5.c) que «no cabe considerar ejercicio legítimo de la libertad de expresión, reunión o manifestación a aquellos mensajes que, por su contenido o por la forma de expresarlos, incorporen amenazas o intimidaciones a los demás, es decir, aquellos casos en que los derechos se ejerciten de forma desmesurada y exorbitante en atención al fin al cual la Constitución le concede su protección preferente».

II. ESTADO DE ALARMA POR COVID-19 Y DERECHO DE REUNIÓN

Como es bien sabido, el 14 de marzo de 2020 se aprobó el Real Decreto 463/2020 «por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», en el que no se limitó de manera expresa el derecho de reunión. Y el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, prevé, expresamente, que «las reuniones en lugares de tránsito público y las manifestaciones realizadas en ejercicio del derecho fundamental regulado en el artículo 21 de la Constitución podrán limitarse, condicionarse o prohibirse cuando en la previa comunicación presentada por los promotores no quede garantizada la distancia personal necesaria para impedir

los contagios» (art. 7.3). En suma, con carácter general, no está limitado el derecho de reunión (2).

Y es que durante la vigencia del estado de alarma sigue operando el resto del ordenamiento constitucional: en lo que afecta al derecho de reunión, hemos visto que la CE dispone (art. 21.2) que «en los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que solo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes»; por su parte, la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, establece (art. 10) que «si la autoridad gubernativa considerase que existen razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, podrá prohibir la reunión o manifestación o, en su caso, proponer la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación».

A este respecto, también existe una doctrina jurisprudencial consolidada, de la que es buena prueba la ya citada STC 193/2011; en el mismo FJ 3 se puede leer que:

«... el derecho recogido en el artículo 21 CE no es un derecho absoluto o ilimitado, sino que, al igual que los demás derechos fundamentales, puede verse sometido a ciertas modulaciones o límites, entre los que se encuentran tanto el específicamente previsto en el propio artículo 21.2 CE –alteración del orden público con peligro para personas y bienes–, como aquellos otros que vienen impuestos por la necesidad de evitar que un ejercicio extralimitado del derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales (STC 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2). Límites que, como recordábamos en la STC 195/2003, de 27 de octubre, (FJ 7), y todas las que allí se citan, han de ser necesarios “para conseguir el fin perseguido debiendo atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se impone... y, en todo caso, respetar su contenido esencial”.

Por ello, la limitación del ejercicio del derecho de reunión requiere de una motivación específica. Así, “para que los poderes públicos puedan incidir en el derecho de reunión constitucionalmente garantizado, ya sea restringiéndolo, modificando las circunstancias de su ejercicio, o prohibiéndolo incluso, es

(2) Sobre esta cuestión, y a propósito del estado de alarma declarado por el Decreto 463/2020, de 14 de marzo, pueden verse los estudios de ARNALDO ALCUBILLA, E., «Salus populi est lex, sed lex superior est constitutio. El ejercicio del derecho de manifestación en el estado de alarma», *Diario La Ley*, núm. 9645, 19 de mayo de 2020; BILBAO UBILLOS, J. M., «La libertad de reunión y manifestación en tiempos de pandemia» en BIGLINO CAMPOS, P., y DURÁN ALBA, J. F., *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección Obras colectivas, Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza. DOI: <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0013>; COTINO HUESO, L., «Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus» en *Diario La Ley*, núm. 9608, Sección Doctrina; ITUREN-OLIVER, A./ESTEVE-SEGARRA, A., «El ejercicio del derecho de manifestación (sindical o no) durante la pandemia por el COVID-19», *Trabajo y Derecho. Monográfico 12/2020*, núm. 12, 2020; PRESNO LINERA, M. Á., «El derecho de reunión durante el estado de alarma sanitaria por COVID-19», en Garrido López, C. (coord.) *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021. DOI: <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.0005>; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Estado de alarma y derecho de manifestación del sindicato», *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 6, pp. 673-774; VELASCO CABALLERO, F., «Libertades públicas durante el estado de alarma por la COVID-19», en Blanquer, D. (coordinador), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 79-133, en particular, pp. 121-128.

preciso, tal y como acaba de señalarse, que existan razones fundadas, lo que implica una exigencia de motivación de la resolución correspondiente... en la que se aporten las razones que han llevado a la autoridad gubernativa a concluir que el ejercicio del derecho fundamental de reunión, tal y como se hubo proyectado por su promotor o sus promotores, producirá una alteración del orden público proscrita en el artículo 21.2 CE, o bien la desproporcionada perturbación de otros bienes o derechos protegidos por nuestra Constitución” (STC 195/2003, de 27 de octubre, FJ 4). Y en este sentido “no basta con que existan dudas sobre si el derecho de reunión pudiera producir efectos negativos, debiendo presidir toda actuación limitativa del mismo el principio o criterio de favorecimiento del derecho de reunión... de manera que solamente razones convincentes e imperativas pueden justificar las restricciones a esa libertad (STC 170/2008, FJ 3)” (STC 96/2010, de 15 de noviembre, FJ 3, relativa al ejercicio del derecho de manifestación durante la jornada de reflexión), en aplicación del principio *favor libertatis*. Los actos que introduzcan medidas limitadoras han de fundamentarse, pues, en datos objetivos suficientes derivados de las circunstancias concretas de cada caso (STC 301/2006, 23 de octubre, FJ 2)».

Por tanto, y con carácter general, durante la vigencia del estado de alarma, por cualquiera de los motivos que contempla la L. O. 4/1981 en su artículo 4, y ante la notificación de que se va a celebrar una reunión o una manifestación, cabría que, por parte de la autoridad administrativa competente, se acordara alguna de las medidas previstas en el artículo 10 de la L. O. 9/1983: «... prohibir la reunión o manifestación o, en su caso, proponer la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación» y ello con el objetivo de «evitar que un ejercicio extralimitado del derecho pueda entrar en colisión con otros valores constitucionales» (STC 42/2000, de 14 de febrero, FJ 2).

Para ello, como ya se ha apuntado, es preciso que «existan razones fundadas, lo que implica una exigencia de motivación de la resolución correspondiente... en la que se aporten las razones que han llevado a la autoridad gubernativa a concluir que el ejercicio del derecho fundamental de reunión, tal y como se hubo proyectado por su promotor o sus promotores, producirá una alteración del orden público proscrita en el artículo 21.2 CE, o bien la desproporcionada perturbación de otros bienes o derechos protegidos por nuestra Constitución» (STC 195/2003, de 27 de octubre, FJ 4).

El TC ha añadido, en relación a la existencia de «razones fundadas», que no basta la mera sospecha o la posibilidad sino que:

«quien adopta esta decisión debe poseer datos objetivos suficientes, derivados de las circunstancias de hecho concurrentes en cada caso, a partir de los que cualquier persona en una situación normal pueda llegar racionalmente a la conclusión, a través de un proceso lógico basado en criterios de experiencia, que la concentración producirá con toda certeza el referido desorden público –naturalmente, con toda la certeza o la seguridad que puede exigirse a un razonamiento prospectivo aplicado al campo del comportamiento humano. En cualquier caso... si existen dudas sobre la producción de estos efectos, una interpretación sistemática del precepto constitucional lleva a la necesaria aplicación del principio de *favor libertatis* y a la consiguiente imposibilidad de prohibir la realización de la concentración» (STC 163/2006, de 22 de mayo, FJ 2).

Y, en lo que respecta a la proporcionalidad de las medidas, en la misma STC 163/2006 se advierte que la autoridad debe acordar:

las «adecuadas para garantizar que las concentraciones puedan llevarse a cabo en los lugares y horas programados sin poner en peligro el orden público; desviando, por ejemplo, el tráfico por otras vías o prohibiendo la ocupación prolongada de las calzadas y disponiendo los instrumentos necesarios para hacer efectiva tal prohibición. Solo podrá restringirse el ejercicio del derecho de reunión cuando estas medidas preventivas resulten imposibles de adoptar, o sean infructuosas para alcanzar el fin propuesto –por ejemplo porque no permitan hacer accesible la zona afectada–, o sean desproporcionadas –por ejemplo, cuando los posibles itinerarios alternativos supongan retrasos o rodeos irrazonables.

... incluso en los supuestos en los que existan razones fundadas de que una concentración puede producir alteraciones del orden público con peligro para personas y bienes, la autoridad gubernativa, aplicando criterios de proporcionalidad, antes de prohibirla deberá utilizar, si ello es posible, la facultad que le reconoce el artículo 10 de la Ley Orgánica 9/1983 y proponer las modificaciones de fecha, lugar o duración al objeto de que la reunión pueda celebrarse.

Es esta última, sin embargo, una facultad que la Administración no puede ejercer de forma totalmente discrecional (STC 36/1982), y que viene condicionada por la programación realizada por los promotores. Esto hará que, en ocasiones, la utilización de esta facultad de introducir modificaciones resulte vedada o, cuando menos, sometida a importantes condicionamientos. Por ejemplo, respecto a las alteraciones relativas al lugar de concentración o manifestación, la autoridad gubernativa deberá tener presente que este elemento objetivo configurador del derecho de reunión tiene en la práctica un relieve fundamental ya que está íntimamente relacionado con el objetivo de publicidad de las opiniones y reivindicaciones perseguido por los promotores por lo que ese emplazamiento condiciona el efectivo ejercicio del derecho. En realidad, en ciertos tipos de concentraciones el lugar de celebración es para los organizadores la condición necesaria para poder ejercer su derecho de reunión en lugares de tránsito público, puesto que del espacio físico en el que se desenvuelve la reunión depende que el mensaje que se quiere transmitir llegue directamente a sus destinatarios principales. Esto acontece, por ejemplo, en los supuestos en los que los reunidos pretenden hacer llegar sus opiniones o sus reivindicaciones, no solo a la opinión pública en general o a los medios de comunicación, sino muy particularmente a determinadas entidades o, mejor, a determinadas personas que ocupan cargos en las mismas. La posibilidad de realizar la concentración en un lugar próximo a la sede de las entidades afectadas y en un horario de trabajo se convierte, en estos casos, en factores determinantes a la hora de ejercer el derecho de reunión. Naturalmente, de ello no se infiere que, en estos supuestos, este tipo de concentraciones siempre deba poder celebrarse en los lugares programados por los organizadores, pero sí puede influir, como veremos, en la facultad de ofrecer alternativas por parte de la autoridad gubernativa.

Es más, incluso en los casos en los que los reunidos no pretendan comunicar sus opiniones a unos destinatarios específicos sino a la opinión pública en general, el lugar de la concentración no puede considerarse en absoluto indiferente y, en consecuencia, tampoco cabe hablar de discrecionalidad de la Administración al ofrecer lugares alternativos. Con ello no se trata solo de afirmar que el lugar propuesto debe tener suficiente tránsito público como para garantizar la publicidad que constituye uno de los elementos esenciales

del contenido del derecho, sino que ese lugar debe garantizar una repercusión pública –en número y características de los destinatarios, es decir, de quienes pueden tener noticia de la reunión, incluidos los medios de comunicación– que se aproxime al máximo a la que pretendían alcanzar los promotores en el lugar por ellos programado» (FJ 3).

Pues bien, esta línea argumental es la que siguió la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Aragón en su sentencia 151/2020, de 30 de abril, en la que resolvió el recurso interpuesto por la Intersindical de Aragón contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Zaragoza de 22 de abril de 2020 en la que acordó prohibir la celebración de una manifestación comunicada para el 1 de mayo de 2020 (3).

En la sentencia, luego de descartar la limitación del derecho de reunión durante la vigencia del estado de alarma, así como también el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad a propósito del contenido del artículo 7 del Decreto 463/2020, el TSJ sostuvo, a nuestro juicio con buen criterio, que lo que «debe explicar la Administración al prohibir la manifestación en cuestión, más allá de invocar de manera genérica la necesidad de combatir la pandemia, es en qué medida, en el caso concreto, limitada la participación a sesenta personas y todos ellos en vehículos individuales, puede suponer un riesgo objetivo y cierto de contagio y propagación de la enfermedad y esto es lo que no hace» (FJ 5). A continuación el TSJ dice:

«Antes bien, la Administración sostiene su decisión en dos valoraciones genéricas que son dos conjeturas. La primera es que “en las circunstancias actuales, es un hecho notorio que es completamente seguro que se produzcan contagios entre las personas participantes que luego puedan extenderse entre sus círculos de amistad, profesionales y familiares, incrementando de esta manera la crisis sanitaria por más que se adopten medidas de seguridad”. Tal enunciado genérico se hace sin contrastarlo con el modo de manifestación propuesto, según el cual se hará en coche, con una persona por coche, y con motocicletas o bicicletas. No se explica cómo han de producirse, si cada uno va con la protección prevista, seguros casos de contagio... Es decir, ni se ha justificado una afirmación tan categórica, según la cual de nada servirían los elementos de protección, ni, ante una afirmación tan rotunda, se ha propuesto una alternativa.

En cuanto a la afirmación de que podría haber problemas de orden público por parte del resto de los ciudadanos, confinados, es una mera conjetura... En cualquier caso, precisamente para garantizar el libre y seguro ejercicio de los derechos fundamentales del ciudadano están los Poderes Públicos, en general, y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en particular. ... la Administración se ha limitado a prohibir, sin hacer propuesta alguna de modificación o de imposición de condiciones y sin motivar con base en argumentos contrastados la inadecuación de la propuesta realizada, más allá de formular dos conjeturas ayunas de sostén probatorio y de contraste con la concreta solicitud realizada.»

(3) Véanse los comentarios a esta resolución de ARNALDO ALCUBILLA, E., «Salus populi est lex, sed lex superior est constitutio. El ejercicio del derecho de manifestación en el estado de alarma», *Diario La Ley*, pp. 3 ss., y BILBAO UBILLOS, J. M., «La libertad de reunión y manifestación en tiempos de pandemia...», p. 4.

El TSJ anuló la resolución administrativa y declaró procedente la comunicación de manifestación organizada para el Primero de Mayo en las condiciones declaradas por la entidad promotora: «participación de sesenta ciudadanos, en vehículo particular, cubierto, turismo, con un único ocupante en cada uno, sin que sea admisible la participación en otro tipo de vehículo no cubierto, esto es, motocicleta o bicicleta...» (FJ 6).

En la misma línea, el TSJ de Navarra, en la sentencia 69/2020, de 30 de abril, estimó (FJ 5.º) que:

«considerar el contexto de la actual crisis sanitaria existente, no puede significar que la Autoridad competente impida absolutamente el ejercicio de derecho de reunión. Dicho de otro modo no puede llevar a la Administración, en la práctica, en todo caso, y de plano, a la denegación de la concentración estática y reducida que nos ocupa, so pena de dejar el derecho de reunión vacío de contenido; lo que se deduce de la resolución administrativa es que, habida cuenta de que existe decretado estado de alarma, en ningún caso se podría autorizar una manifestación. Se concluye en la tesis de la parte demandada, y así se expresó en la vista, que el derecho de manifestación y reunión no está suspendido, pero que en la práctica no puede ejercerse en ningún caso debido a la pandemia. Esta Sala no comparte esta tesis porque se ha decidid en atención al contexto señalado, sí, pero también a la luz de la CE cuya aplicación no ha sido desplazada ni suspendida durante el estado de alarma... si hay peligro de contagio como parece defender la Delegación del gobierno hay que justificarlo debidamente ponderando y valorando de modo suficiente las circunstancias concurrentes...»

La sentencia concluyó (FJ 6.º) que:

«... ha de estimar el recurso, en tanto que la Administración, al socaire del estado de alarma, niega en todo caso el ejercicio del derecho de reunión, y no pondera *ad casum* la reducción al mínimo de los riesgos sanitarios que se podrían producir, a la vista, precisamente del diseño de concentración para la que se hace la comunicación y que ahora nos ocupa.

La concentración solicitada, en los términos comunicados, es estática, es corta en el tiempo y es cuantitativamente reducida en su participación pudiéndose controlar de manera efectiva... las medidas de seguridad ofrecidas y las exigidas por la Autoridades Sanitarias de cumplimiento obligatorio. Todo ello va a determinar la revocación de la prohibición de la concentración solicitada dado en que la misma, por sus características concretas ya expuestas, no revisite ni supone alteración fundada del orden público...»

III. EL AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 40/2020, DE 30 DE ABRIL

El mismo día que las citadas sentencias de los TSJ de Aragón y Navarra se conoció el Auto del Tribunal Constitucional (ATC) 40/2020, que inadmitió a trámite el recurso de amparo promovido por la Central Unitaria de Trabajadores/as (CUT) contra la sentencia 136/2020 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Galicia y contra la resolución de 21 de abril de 2020 de la Subdelega-

ción del Gobierno de Pontevedra en relación con la celebración de una manifestación el 1 de mayo de 2020 en Vigo.

Se trata, hasta ahora, de la única resolución del TC vinculada a la declaración del estado de alarma y llama la atención este Auto de inadmisión que se parece mucho a una sentencia desestimatoria de un recurso de amparo previamente admitido a trámite (4).

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

El TC admite que la resolución de la Subdelegación del Gobierno «es abiertamente ambigua y ni siquiera deja totalmente clara la prohibición, [pero] no puede negarse que existe motivación suficiente en la Sentencia de la Sección 1.^a de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de abril de 2020. Cualquier defecto de motivación de la resolución administrativa, por tanto, habría quedado subsanado por la extensa motivación del órgano judicial».

Como ha dicho Bilbao Ubillos, se trata de una «afirmación ciertamente sorprendente, porque, de acuerdo con la doctrina del propio Tribunal, es la Administración la que debe motivar sus actos –de forma más intensa aun cuando afectan al ejercicio de un derecho fundamental– y ese déficit de motivación no puede ser suplido por los tribunales que tienen que controlar precisamente si resulta o no suficiente» (5).

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

En suma, el TC deja de lado el Decreto 463/2020 y pasa a estudiar si la prohibición de la manifestación encaja en el artículo 21 CE. Y lo hace remitiéndose, textualmente, a «una constante jurisprudencia constitucional» sobre el carácter limitado de los derechos fundamentales en general y de la libertad de reunión en particular.

Pero en lugar de seguir con la interpretación del artículo 21, especialmente con la parte que alude a la prohibición de reuniones «cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes», el TC acude a los artículos 15 (derecho a la vida y a la integridad física) y 43 CE (derecho a la salud) y dice:

(4) Se ocupan de esta resolución, ARNALDO ALCUBILLA, E., «Salus populi est lex, sed lex superior est constitutio. El ejercicio del derecho de manifestación en el estado de alarma», *Diario La Ley*; BILBAO UBILLOS, J. M. «La libertad de reunión y manifestación en tiempos de pandemia»,...; ITUREN-OLIVER, A./ESTEVE-SEGARRA, A. «El ejercicio del derecho de manifestación (sindical o no) durante la pandemia por el COVID-19», *Trabajo y Derecho. Monográfico 12/2020*, y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Estado de alarma y derecho de manifestación del sindicato», *Derecho de las relaciones laborales*

(5) Ob. cit., p. 11; en el mismo sentido, ARNALDO ALCUBILLA, ob. cit., p. 7.

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

El TC, en su juicio de proporcionalidad de la medida prohibitiva añade que:

«no se prevén por los organizadores medidas de control de la transmisión del virus específicas, ni destinadas a compensar la previsible concentración de automóviles que podría producirse si existiera una masiva respuesta a la convocatoria, que “que el itinerario elegido por los convocantes supone ocupar durante varias horas [en teoría hora y media] la vía principal de circulación automovilística en Vigo, dividiendo la ciudad en dos y, eventualmente, limitando el acceso a los hospitales que se encuentran en la zona alta de la ciudad de las personas que viven en la zona más cercana a la costa” y, más abajo, que «en una situación de alerta sanitaria, la libre circulación de los servicios de ambulancias o urgencias médicas, y el libre acceso a los hospitales es un elemento a tener en cuenta a la hora de valorar la proporcionalidad de la limitación de ejercicio del derecho aquí invocado. Y teniéndolo en cuenta en este caso la medida restrictiva puede tenerse como proporcionada. El impacto de la infección de la COVID-19 en la ciudad de Vigo tampoco es un dato despreciable a la hora de formular el juicio de proporcionalidad que nos planteamos...»

En relación con estas argumentaciones cabe, sino objetar, sí, cuando menos, precisar lo siguiente: los promotores ofrecen una modalidad de manifestación que puede ser discutible pero, según la L. O. 9/1983, «si la autoridad gubernativa considerase que existen razones fundadas de que puedan producirse alteraciones del orden público, con peligro para personas o bienes, podrá prohibir la reunión o manifestación o, en su caso, proponer la modificación de la fecha, lugar, duración o itinerario de la reunión o manifestación» (art. 10), es decir, si la Subdelegación del Gobierno en Pontevedra consideraba que las propuestas de los organizadores eran insuficientes debía proponer medidas que las complementasen: por ejemplo, que la manifestación durase media hora y no hora y media o que el recorrido fuera distinto y no limitase el acceso a los hospitales; sin embargo, la autoridad administrativa no hizo esfuerzo alguno para hacer efectivo un derecho tan relevante como

el de reunión en una fecha tan importante como la del 1 de mayo. Y eso que la entidad convocante se había mostrado abierta a adoptar más medidas (6).

Hay que recordar que la prohibición constituye, como es lógico si partimos del principio de efectividad de los derechos fundamentales, el «último recurso», debiendo antes contemplarse, como prevé la L. O. 9/1983, la opción de proponer a los promotores modificaciones que puedan hacer compatible el derecho de reunión con otros derechos, en la línea de lo resuelto por el TSJ de Aragón.

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

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

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

En el momento de corregir las pruebas de este texto se conoció la STC sobre la constitucionalidad del Real Decreto 463/2020; en lo que al derecho de reunión se refiere, el TC rechazó que esa norma hubiera vulnerado dicho derecho.

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA LIMITACIÓN DE LA PERMANENCIA DE GRUPOS DE PERSONAS EN ESPACIOS PÚBLICOS Y PRIVADOS DURANTE EL ESTADO DE ALARMA

El Real Decreto 926/2020 prevé en los números 1 y 2 del artículo 7 que:

«1. La permanencia de grupos de personas en espacios de uso público, tanto cerrados como al aire libre, quedará condicionada a que no se supere el

(6) Así, en el punto sexto de la convocatoria se decía que, «entendendo a gravidade da situación que vivimos a CUT opta po la manifestación rodada cun manifestante en cada auto e debidamente protexidos e identificados polo sindicato, e atendendo a calquera outra indicación que se nos faga dende esta subdelegación ou as autoridades sanitarias».

número máximo de seis personas, salvo que se trate de convivientes y sin perjuicio de las excepciones que se establezcan en relación a dependencias, instalaciones y establecimientos abiertos al público. La permanencia de grupos de personas en espacios de uso privado quedará condicionada a que no se supere el número máximo de seis personas, salvo que se trate de convivientes.

En el caso de las agrupaciones en que se incluyan tanto personas convivientes como personas no convivientes, el número máximo a que se refiere el párrafo anterior será de seis personas.

2. La autoridad competente delegada correspondiente podrá determinar, en su ámbito territorial, a la vista de la evolución de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales, económicos y de movilidad, previa comunicación al Ministerio de Sanidad y de acuerdo con lo previsto en el artículo 13, que el número máximo a que se refiere el apartado anterior sea inferior a seis personas, salvo que se trate de convivientes.

Asimismo, de acuerdo con lo previsto en el artículo 10, las autoridades competentes delegadas podrán, en su ámbito territorial, establecer excepciones respecto a personas menores o dependientes, así como cualquier otra flexibilización de la limitación prevista en este artículo.»

Limitaciones de este tipo ya estuvieron vigentes durante el estado de alarma acordado por el Decreto 463/2020 y tras su finalización y antes del comienzo del acordado vía Decreto 926/2020(7) y sobre las mismas surgen, cuando menos, dos cuestiones: de qué se habla cuando se habla de este tipo de reuniones y cuál es el fundamento normativo de estas restricciones.

En relación con la primera, tanto la CE como el CEDH parecen partir de un concepto «finalista» del derecho de reunión; así, y como ya hemos visto, para el TEDH «las reuniones protegidas por el CEDH se definen por un determinado objetivo común de las personas participantes» (*Navalnyy c. Rusia*, § 110), que puede tener un carácter esencialmente político, social, cultural, religioso...; por su parte, el TC (STC 193/2011, FJ 3), también ha insistido en que «el derecho de reunión... se caracteriza como una manifestación colectiva de la libertad de expresión efectuada a través de una asociación transitoria de personas que opera de manera instrumental al servicio del intercambio o exposición de ideas, de defensa de intereses o de publicidad de problemas y reivindicaciones, cuyos elementos configuradores son el subjetivo (agrupación de personas), el temporal (duración transitoria), el finalista (licitud de la finalidad) y el real u objetivo (lugar de celebración)». Parece, pues, que no toda reunión de personas en un espacio público o privado es una conducta amparada por los artículos 11 CEDH y 21 CE.

No obstante, de la lectura de la L. O. 9/1983, reguladora del derecho de reunión, resulta que «se podrá ejercer el derecho de reunión sin sujeción a las prescripciones de la presente Ley Orgánica, cuando se trate de las reuniones siguientes: a) Las que cele-

(7) Señala Bilbao Ubillos que «si tomamos como referencia las medidas adoptadas en el marco de la Unión Europea llama la atención la disparidad de criterios. Nos encontramos, por un lado, con países que no han restringido de ningún modo el ejercicio del derecho de reunión, como Holanda, Luxemburgo, Italia o Lituania. Y por otro con Estados en los que sí se han impuesto limitaciones específicas, prohibiendo las “grandes reuniones” (Alemania o Bélgica) o fijando un número máximo de asistentes. Pero las cifras oscilan entre las 10.000 personas en las reuniones al aire libre en Austria a las 10 en España o Chipre, pasando por las 2.000 en Estonia, las 500 en Hungría, República Checa y Eslovaquia, las 100 en Croacia, los 50 de Suecia o Eslovenia, los 20 de Portugal (salvo Lisboa) o las 15 en Irlanda...», ob. cit., p. 23, nota 50.

bren las personas físicas en sus propios domicilios. b) Las que celebren las personas físicas en locales públicos o privados por razones familiares o de amistad...»

Por tanto, las reuniones en las que inciden, limitando el número de asistentes, tanto las normas aprobadas durante el estado de alarma declarado el 14 de marzo como el propio Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, pueden estar amparadas por la Ley Orgánica 9/1983 pero, a su vez, las restricciones impuestas por los Decretos de estado de alarma a dichas reuniones podrían reconducirse a la medida prevista en el artículo 11.a) de la Ley Orgánica 4/1981: «limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos», pero, precisamente, si es así cabría dudar de la proporcionalidad de la prohibición tajante de que dichas reuniones superen las seis personas, máxime si se trata de espacios públicos y quienes asisten cumplen las medidas preventivas previstas, como la que contempla el uso obligatorio de las mascarillas en la vía pública.

V. A MODO DE BREVE CONCLUSIÓN

Desde la entrada en vigor de la CE el derecho de reunión se ha venido ejerciendo sin angosturas merced a su amplio reconocimiento normativo y a la doctrina emanada del TC y del TEDH. No obstante, la pandemia de COVID-19 está suponiendo, en España y en países de nuestro entorno, una importante prueba de resistencia por la necesidad de compatibilizar la cotidiana puesta en práctica de este derecho con la obligada protección de los derechos a la salud y a la integridad personal, que podrían verse menoscabados si el carácter colectivo que presupone el ejercicio del derecho de reunión no se ve acompañado de las necesarias medidas de garantía para los otros derechos.

La convivencia de este entramado iusfundamental ha generado respuestas diversas en la práctica jurisprudencial española y comparada, en especial durante los primeros meses de la pandemia, donde, como hemos visto, llamó la atención la disparidad de criterios entre algunos TSJ –algo que también se ha producido a propósito de otras limitaciones de derechos– y también el debate interno en el TC a propósito de la manifestación prevista para el 1 de mayo de 2020 que dio lugar al ATC 40/2020.

Al cerrar estas páginas está a punto de cumplirse un año desde esa primera, y única por ahora, decisión del TC, que tiene pendiente, además de los dos recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra los Decretos 463 y 926, dar respuesta a los recursos de amparo presentados contra la prohibición general, adoptada por la Delegación del Gobierno en Madrid, de celebrar cualquier tipo de concentración el día 8 de marzo de 2021; también, en su caso, los que pudieran pedirse si el 1 de mayo de 2021 se reprodujeran algunas de las prohibiciones que tuvieron lugar en 2020.

Parece, por una parte, que la situación sanitaria, siendo preocupante, no es tan dramática ahora como entonces y que se cuenta con más información a la hora de adoptar medidas de prevención. No obstante, y por otra parte, nos parece oportuno insistir en que las limitaciones al ejercicio de un derecho fundamental como el que nos ocupa no deben suponer, con carácter general, en la línea de lo que concluyó el

Tribunal Constitucional Federal alemán en un Auto de 15 de abril, una «prohibición general» del derecho de reunión, debiendo las administraciones competentes valorar las condiciones en las que se pretende llevar a cabo una concreta concentración y su compatibilidad con las medidas en vigor dirigidas a contener la pandemia.

A este respecto, y no añadiendo nada nuevo a lo ya sabido, cabe valorar positivamente la inclusión, en el artículo 7.3 del Decreto 926/2020, del recordatorio de que «las reuniones en lugares de tránsito público y las manifestaciones realizadas en ejercicio del derecho fundamental regulado en el artículo 21 de la Constitución podrán limitarse, condicionarse o prohibirse cuando en la previa comunicación presentada por los promotores no quede garantizada la distancia personal necesaria para impedir los contagios».

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARNALDO ALCUBILLA, E., «Salus populi est lex, sed lex superior est constitutio. El ejercicio del derecho de manifestación en el estado de alarma», *Diario La Ley*, núm. 9645, 2020.
- BILBAO UBILLOS, J. M., «Las libertades de reunión y asociación: algunas vacilaciones en una trayectoria de firme protección (art. 11 CEDH)», García Roca/Santolaya (coords.) *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, CEPC, Madrid, 2014, Tercera edición, pp. 511-551.
- «La libertad de manifestación a examen: ¿una alarma justificada?», *La constitución política de España: estudios en homenaje a Manuel Aragón Reyes*, CEPC, Madrid, 2016, pp. 525-548.
- «La libertad de reunión y manifestación en tiempos de pandemia» en BIGLINO CAMPOS, P., y DURÁN ALBA, J. F., *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección Obras colectivas, Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020. DOI: <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0013>
- COTINO HUESO, L., «Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus», *Diario La Ley*, núm. 9608, 2020, Sección Doctrina.
- DÍEZ PICAZO, L. M., «Artículo 21», *Comentarios a la Constitución española*, BOE/Tribunal Constitucional, Madrid, Tomo I, 2018, pp. 646 ss.
- GAVARA DE GARA, J. C., *El sistema de organización del derecho de reunión y manifestación*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- «Artículo 21» en *Comentarios a la Constitución española. 40 aniversario 1978-2018. Libro-homenaje a Luis López Guerra*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, tomo I, pp. 497 ss.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Derecho de reunión y manifestación*, Civitas, Madrid, 2002.
- ITUREN-OLIVER, A./ESTEVE-SEGARRA, A., «El ejercicio del derecho de manifestación (sindical o no) durante la pandemia por el COVID-19», *Trabajo y Derecho*. Monográfico 12/2020, núm. 12, 2020.
- PRESNO LINERA, M. Á., «El derecho de reunión durante el estado de alarma sanitaria por COVID-19», en Garrido López, C. (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, DOI: <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.0005>.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., «Estado de alarma y derecho de manifestación del sindicato», *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 6, pp. 673-774.
- TORRES MURO, I., *El derecho de reunión y manifestación*, Civitas, Madrid, 1991.
- VELASCO CABALLERO, F., «Libertades públicas durante el estado de alarma por la COVID-19», en Blanquer, D. (coordinador), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 79-133.

LIBERTAD RELIGIOSA EN TIEMPO DE CORONAVIRUS

Ricardo GARCÍA GARCÍA*

Resumen

El derecho fundamental de libertad religiosa ha sido limitado durante la pandemia. Llama la atención el uso de una Orden como máxima expresión jurídica para su limitación/eliminación en lo relacionados a los actos de culto colectivos. Se ha equiparado a los servicios religiosos a los servicios de restauración y hostelería y otras actividades culturales. Se ha desaprovechado una buena oportunidad para realizar las limitaciones conforme al principio de cooperación con las entidades religiosas usando la Comisión Asesora de Libertad Religiosa. La muerte y la desgracia requieren espacialmente de la religión para el creyente y no ha sido considerada como servicio esencial para ellos en un momento esencial. La dimensión religiosa no ha sido vista como elemento esencial de la persona humana.

Palabras clave

COVID-19, libertad religiosa, principio de cooperación, principio de laicidad positiva, servicio esencial, actos de culto, religión, Comisión Asesora de Libertad Religiosa, límites libertad religiosa.

Abstract

The fundamental right to religious freedom has been limited during the pandemic. It is striking the use of an Order as the maximum legal expression for its limitation/elimination in relation to collective acts of cult. Religious services have been equated to restaurants or hotel services and other cultural activities. A good opportunity has been missed to implement limitations in accordance with the principle of cooperation with religious entities using the Advisory Commission on Religious Freedom. Death and misfortune spatially require religion for the believer and has not been considered as an essential service for

* Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado, en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. ricardo.garcia@uam.es

them at an essential time. The religious dimension has not been seen as an essential element of the human person.

Keywords

COVID-19, religious freedom, principle of cooperation, principle of positive secularism, essential service, cult acts, religion, Advisory Commission on Religious Freedom, religious freedom limits.

SUMARIO: I. Introducción: Libertad religiosa y Salud Pública frente a un escenario no conocido. II. El Derecho Fundamental de libertad religiosa. III. El estado de alarma por la pandemia COVID-19 y Libertad religiosa. IV. Análisis Jurídico: Libertad religiosa frente a Salud Pública. V. Conclusiones; Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN: LIBERTAD RELIGIOSA Y SALUD PÚBLICA FRENTE A UN ESCENARIO NO CONOCIDO

Lo cierto es que el tema no puede ser más sugerente, puesto que, tanto en la historia de España como en otros países de nuestro entorno, e incluso en otros más alejados culturalmente, no se recordaba la limitación de los derechos fundamentales y en especial de la libertad religiosa como ha acontecido con ocasión de la pandemia. Su ejercicio colectivo ha estado en pleno debate público durante el confinamiento y la desescalada derivado del Estado de Alarma. La libertad religiosa se ha visto afectada en todas sus dimensiones externas y en todos sus registros de religiosidad (cualesquiera creencias religiosas), abarcando tanto celebraciones ordinarias como extraordinarias, formación religiosa, peregrinaciones, festividades, prácticamente cualquier acto comunitario se ha visto afectado.

No se recordaba ver lugares vacíos como el Santuario de Fátima, la Mezquita de la ciudad de Medina, la Plaza de San Pedro en el Vaticano, la mezquita Masyid al-Haram de La Meca donde se encuentra la Kaaba, el Monte del Templo y el Muro de las Lamentaciones, la Gran Mezquita o el Santo Sepulcro en Jerusalén, el Camino de Santiago, así como otros muchos lugares denominados sagrados para todas las religiones. Las limitaciones se generalizaron, esos lugares visitados por las creyentes han estado cerrados y su movilidad limitada y/o prohibida.

Tampoco la imposibilidad de llevar a cabo las celebraciones religiosas propias de cada religión. En nuestro país la Semana Santa, ni el Ramadam, el Rosh Hashaná y el Yom Kipur, pero también se han dejado de celebrar y prohibido otras ceremonias tan significativas como los matrimonios religiosos, o las ceremonias u honras fúnebres o las simples celebraciones normales de los días de precepto de cada religión.

Por el contrario, se ha desarrollado a una velocidad de vértigo la religiosidad en el marco de las tecnologías de la información. Hemos presenciado ceremonias religiosas en las redes sociales, las televisiones que han retransmitido ceremonias religiosas han alcanzado picos de audiencia jamás conocidos. La imaginación ha desarrollado servicios religiosos para todas necesidades más propios de los denominados *millennials*, de forma que las limitaciones físicas, podríamos decir que, han dado paso a la «religiosidad digital».

También hay que reconocer que, en algunos casos, las autoridades, –de forma inconsciente en mi opinión–, asociaban el epicentro de los contagios en lugares de culto o reuniones religiosas, tal y como ocurrió en el caso de los evangélicos en España donde se designaba un primer foco de contagios en varias Iglesias Evangélicas en Madrid (1).

Esas limitaciones hay que ponerlas en el contexto de la pandemia, donde día a día, el número de personas contagiadas, ingresadas en un hospital o fallecidas era y es todavía hoy (en proceso vacunaciones masivas) inasumible e insoportable, tanto en España como en el mundo. En este escenario fue necesario dar una respuesta desde el Derecho para encontrar un equilibrio entre la defensa de la salud y el derecho de libertad religiosa.

En todo caso, coincido con Javier Martínez-Torrón (2) cuando afirma que: «Cuando abordamos estas cuestiones desde la concreta óptica de la libertad religiosa, hay cuatro áreas temáticas que resultan de especial interés: la regulación legal de la lucha contra el coronavirus; la igualdad de trato de la libertad religiosa en relación con otros derechos fundamentales; la cooperación entre Estado y confesiones religiosas; y las reacciones de las confesiones religiosas ante medidas gubernamentales». En este trabajo, por motivos de espacio, analizaremos solo alguno de esos aspectos.

II. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD RELIGIOSA

La delimitación de este derecho se ha efectuado por el TC, así la STC 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 9: «El derecho a la libertad religiosa del artículo 16.1 CE garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio

(1) Tal y como consta en la página web de FEREDE (Federación ed Entidades Religiosas Evangélicas de España, en fecha de 3 de marzo de 2020 se emitió el siguiente comunicado: «FEREDE expresa su indignación por las desafortunadas declaraciones de Fernando Simón», y señala que: «El portavoz del Comité de Seguimiento del Coronavirus del Ministerio de Sanidad señaló que varios de los casos detectados en Torrejón de Ardoz se focalizan en «un grupo religioso evangélico». Sus declaraciones han producido un acoso mediático a las iglesias evangélicas. La Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE), acaba de hacer público un comunicado en el que expresa «su indignación por las declaraciones realizadas esta mañana por el portavoz del Comité de Seguimiento del Coronavirus, Dr. Fernando Simón, en las que revelaba que se habrían detectado «varios casos» de coronavirus en un «grupo religioso evangélico» en Torrejón de Ardoz, Madrid». <http://www.cecva.es/ferede-expresa-su-indignacion-por-las-desafortunadas-declaraciones-de-fernando-simon/> (página consultada 5 de abril de 2021).

(2) MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «COVID-19 y Libertad Religiosa. ¿Problemas nuevos o soluciones antiguas?», en *COVID-19 y Libertad Religiosa* (Coords, Martínez-Torrón, J., Rodrigo Lara, B.), Madrid, 2021, p. 25.

de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual. Pero junto a esta dimensión interna, esta libertad, al igual que la ideológica del propio artículo 16.1 CE, incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985, de 13 de febrero FJ 2; 120/1990, de 27 de junio FJ 10; y 137/1990, de 19 de julio FJ 8)».

Interesa el contenido esencial que se manifiesta en el desarrollo de las celebraciones religiosas o los denominados «actos de culto» (3), garantizado en el artículo 2.1.b) LOLR «Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales» (4).

Como cualquier derecho fundamental, presenta limitaciones que encontramos en los textos internacionales y en la regulación nacional (5). En concreto se debe citar el artículo 3.1 y 3.2 LOLR que establece como límites: los derechos de los demás, el orden público (entendido en sentido moderno como amplia de protección del ejercicio de derechos), con los límites específicos de: moral, salud y seguridad públicas, excluyéndose las manifestaciones relacionadas con el «estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos ajenos a los religiosos». En todo caso, las limitaciones tan solo pueden imponerse legítimamente sobre su dimensión externa *agere licere*, y siempre interpretándose en el sentido más favorable a su eficacia y esencia (STC 159/1986).

Es muy ilustrativo completar el concepto jurídico de libertad religiosa con el de «religión» que encontramos en el ámbito de Naciones Unidas (6), donde, es

(3) Los actos de culto forman parte de nuestro Patrimonio Cultural Inmaterial como forma de manifestar una religión o creencia a través del culto. Así se indica el Comité de Derechos Humanos, en el Comentario General núm. 22, artículo 18 (48.º periodo de sesiones 1993) U. N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 179 (1993).

(4) PAREJO GUZMÁN tras analizar la doctrina en materia del derecho fundamental de libertad religiosa concluye afirmando que: «... la libertad religiosa antes analizada, se transforma en su dimensión externa en dicha libertad de culto, la cual permite el ejercicio de todas las actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, entre ellos la práctica de los actos correspondientes a las ceremonias representativas vinculadas a la respectiva creencia religiosa, el derecho a recibir asistencia religiosa, recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole de acuerdo con las propias convicciones. Así, la fe trasciende el plano del fuero interno de la persona y se manifiesta socialmente, facultando al creyente para concurrir a los lugares de culto, practicar los ritos ceremoniales, desarrollar y exhibir símbolos religiosos, observar las fiestas religiosas, solicitar y recibir contribuciones de carácter voluntario, erigir y conservar templos o iglesias destinadas al culto». PAREJO GUZMÁN, M.ª, J., Los Estados de Alarma durante la pandemia del COVID-19 en relación al Derecho a la libertad religiosa, a la religiosidad y a las religiones, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 55 (2021), p. 10.

(5) Por todos los trabajos sobre límites del derecho de libertad religiosa, Cfr., COMBALÍA SOLÍS, Z., «Los límites al derecho fundamental de libertad religiosa», en *Derecho y Religión* (García García, R., y Rossell Granados, J., Coords), Madrid, 2020, pp. 233-250.

(6) Cfr., Directrices sobre Protección Internacional núm. 6: Solicitudes de asilo por motivos religiosos bajo el artículo 1A (2) de la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados.

verdad que, no existe una definición de «religión» universalmente aceptada, pero, como señala el Comité de Derechos Humanos, la «religión» no está limitada a las tradicionales o a las religiones y creencias con características institucionales o prácticas análogas a las de las religiones tradicionales, también cubre ampliamente el no profesar o negarse a profesar una religión o a sostener una creencia religiosa particular. En este informe la «religión» pueden implicar uno o más de los siguientes elementos:

a) religión como creencia (incluyendo la no-creencia); «Creencia» debería ser interpretada de forma que incluyera creencias teístas, no teístas y ateas. Las creencias pueden constituir convicciones o valores acerca de lo divino o la realidad definitiva o del destino espiritual de la humanidad. Cualquier creencia debe ser respetada incluidas las más extrañas o alejadas a las religiones tradicionales.

b) religión como identidad; La «identidad» es más un sentimiento de pertenencia a una comunidad que observa o se identifica con creencias comunes, rituales, tradiciones étnicas, nacionalidad o ancestros, que unas creencias teológicas. Así en este punto, las creencias se identifican con un grupo o una comunidad en particular; o puede tener un sentido de pertenencia a ella o ser identificado por otros como parte de ella.

c) religión como forma de vida; Para algunos individuos, la «religión» es un aspecto trascendental de su forma de vida y de cómo se relacionan, por completo o parcialmente, con el mundo que concuerda perfectamente con la expresión americana *the way of life*. Su religión se puede manifestar en muchas actividades de su vida, como en el uso de ropas distintivas o la observancia de determinadas prácticas religiosas, incluyendo honrar las fechas religiosas o respetar requerimientos dietéticos. Tales prácticas pueden parecer triviales para los no creyentes, pero pueden ser indispensables y el centro de la vida para quien tiene una religión o creencia.

Es verdad, como señala María José Parejo Guzmán (7) que, «En este Estado laico ..., la pluralidad de confesiones religiosas que existen no son todas iguales. A modo de ejemplo..., algunas de tales confesiones religiosas no tienen aparejado un rito o culto concreto obligatorio o necesario como sí tienen otras, cuestión realmente importante..., y no es lo mismo la asistencia religiosa que tienen contemplada unas confesiones religiosas y la que tienen contemplada otras». En el caso español, las principales confesiones, por arraigo histórico y por número de fieles, sí contienen y tienen prefijados actos de culto que se han visto muy alterados por esta situación de Estado de Alarma y pandemia.

III. EL ESTADO DE ALARMA POR LA PANDEMIA COVID-19 Y LIBERTAD RELIGIOSA

Para hacer frente a la epidemia, de entre las tres posibilidades que contaba el Gobierno (alarma, sitio o excepción), decidió optar por decretar el Estado de alar-

(7) PAREJO GUZMÁN, M.^a, J., *Los Estados de Alarma...*, cit., p. 4.

ma. En este supuesto, el Gobierno puede establecer limitaciones al ejercicio de derechos y libertades, pero no suspenderlos (*ex art. 55,1 CE*). Las restricciones fundamentales se han fijado en la libertad de circulación de los ciudadanos, estableciendo su confinamiento obligado en sus domicilios con unas pocas excepciones: acudir al trabajo, a centros de venta de alimentos, farmacias, compra de periódicos, banca... Materialmente, se ha producido una suspensión general de la libertad de circulación. El artículo 7 del Real Decreto 463/2020, donde se determina la limitación de la libertad de circulación de las personas (art. 19 CE), y la suspensión de apertura al público de los locales y establecimientos minoristas (art. 10), ha sido completado por normas posteriores dirigidas a reducir aún más la movilidad de la población con el fin de controlar y reducir el contagio del COVID-19. La palabra clave es el «distanciamiento social» y limitación de relaciones sociales. El lema es «Quédate en casa».

Esta circunstancia afecta a los lugares destinados a la celebración de ceremonias religiosas, ya que son espacios donde se reúnen los creyentes para asistir y participar en los actos de culto y compartir su fe con la comunidad. Se ha de recordar que, la suspensión de un derecho no conlleva su desaparición, sino la sustitución de su regulación ordinaria por un régimen de legalidad extraordinario. Conforme a la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, en su artículo 11 dispone que se podrán acordar, entre otras, 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». Solo existen dos resoluciones del TC donde se ha pronunciado sobre el Estado de alarma: (la Sentencia del caso previo de los controladores aéreos TC 83/2016, de 31 de mayo y el Auto relacionado con el derecho de reunión en plena pandemia AT 40/2020, de 30 de abril). En ambas resoluciones se señala que: «a diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE *contrario sensu*), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio. En este sentido, se prevé, entre otras, como medidas que pueden ser adoptadas, la limitación de la circulación o permanencia de personas o vehículos en lugares determinados o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos...».

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 relación a la libertad religiosa, señala en su artículo 11. Medidas de contención en relación con los lugares de culto y con las ceremonias civiles y religiosas (8), que: «La asistencia a los lugares de culto y a las ceremonias civiles y

(8) Son varios los trabajos previos que han comentado las distintas normas jurídicas que, durante el Estado de Alarma en España, han venido a regular el derecho fundamental de libertad religiosa. Por todos, Cfrs., SOLER MARTÍNEZ, J. A., «Estado de Alarma y Libertad Religiosa y de Culto», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 53 (2020). MARTÍ SÁNCHEZ, J. M.^a, «Preparación religiosa a la muerte y emergencia sanitaria», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 55 (2021). PAREJO GUZMÁN, M.^a, J., «Los Estados de Alarma durante la pandemia del COVID-19 en relación al Derecho a la libertad religiosa, a la religiosidad y a las religiones», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 55 (2021). RAMÍREZ NAVALÓN, R. M.^a, «Acceso a los lugares de culto y ceremonias religiosas durante el Estado de Alarma decretado por la pandemia del COVID-19», en *Actualidad jurídica Iberoamericana*, núm. 12 bis, mayo, 2020, pp. 24-31. RODRIGO LARA, M.^a B., «La libertad

religiosas, incluidas las fúnebres, se condicionan a la adopción de medidas organizativas consistentes en evitar aglomeraciones de personas, en función de las dimensiones y características de los lugares, de tal manera que se garantice a los asistentes la posibilidad de respetar la distancia entre ellos de, al menos, un metro». Sin embargo, la realidad ha sido otra, hemos asistido a desalojos de templos y prohibición de celebraciones en plena pandemia.

Parece que la problemática no estaba relacionada con la estancia en un lugar de culto, sino con la circulación en la vía pública, y así aplicarse lo previsto en el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, que habilita para circular por las vías o espacios de uso público. En este caso, lo más respetuoso con este derecho hubiera sido haber entendido que el desplazamiento para asistir a un acto de culto o ceremonia religiosa estaba comprendido dentro del artículo 7.1.h), es decir: «cualquier otra actividad de naturaleza análoga». De hecho, esta interpretación se usó, para la asistencia social que realizan las confesiones. Así el marco legal preveía la limitación de las celebraciones religiosas –como se ha señalado– a las medidas organizativas propias: evitar aglomeraciones de personas, y garantizar el distanciamiento social de, al menos, un metro. Sin embargo, llaman poderosamente la atención determinadas actuaciones policiales en España que han tenido lugar en Andalucía, Castilla y León, Murcia y Madrid, entre otros lugares, donde se han interrumpido ceremonias religiosas durante el estado de alarma, actuaciones claramente desproporcionadas. (Por todas: Catedral de Valladolid, parroquia de San Servando y San German, en el barrio gaditano de La laguna; en una iglesia evangélica en Murcia; en la azotea de un edificio del barrio sevillano de Triana, donde se estaba celebrando la Eucaristía; catedral de Granada; parroquia en Madrid, etc.). Se puede afirmar así que, de hecho, en la realidad, la prohibición ha sido absoluta.

Los Reales Decretos que siguieron al señalado no afectan al derecho a la libertad religiosa, simplemente se limitan a declarar la prórroga y establecer su duración (9). De manera específica para la libertad religiosa se aprobó la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, tiene por objeto establecer medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19. Su preámbulo literalmente señalaba que: «En el artículo 11, del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se establece que la asistencia a los lugares de culto y a las ceremonias civiles y religiosas, incluidas las fúnebres, se condicionan a la adopción de medidas organizativas consistentes en evitar aglomeraciones de personas, en función de las dimensiones y características de los lugares, de tal manera que se garantice a los asistentes la posibilidad de respetar la distancia entre ellos de, al menos, un metro. No obstante, debido a las especiales

religiosa en España durante la pandemia de COVID-19», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 54 (2020).

(9) Los Reales Decretos que siguieron al señalado, esto es el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, en los que se modifica el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma o se prorroga dicha declaración (476/2020, de 27 de marzo y 487/2020, de 10 de abril) no afectan al derecho a la libertad religiosa, simplemente se limitan a declarar la prórroga y establecer su duración. Ninguna de estas disposiciones modificó el artículo 11. Lo mismo puede afirmarse del Real Decreto-Ley 10/2020, de 29 de marzo, que pretende reducir la movilidad (desplazamientos) por causa de la actividad laboral y profesional, relacionada con el artículo 7.1.c) del Real Decreto de declaración de estado de alarma, pero que no se aplica a los desplazamientos de los sacerdotes y feligreses para asistir a las ceremonias de culto.

características que rodean las ceremonias fúnebres, es difícil asegurar la aplicación de las medidas de contención y distanciamiento con la separación interpersonal de más de un metro necesaria para limitar la propagación del virus». Por otra parte, en el caso del COVID-19, familiares o allegados del fallecido han podido ser contactos estrechos por lo que deberán permanecer en sus casas observando la cuarentena correspondiente.

Para evitar contagios se prohibieron todos los velatorios, en instalaciones públicas y privadas, y restringieron ceremonias fúnebres, independientemente de la causa del fallecimiento, y limitaron los servicios funerarios. Así, se disponía en el artículo tercero. Velatorios: «Se prohíben los velatorios en todo tipo de instalaciones, públicas o privadas, así como en los domicilios particulares». Artículo Quinto. Ceremonias civiles o de culto religioso: «Se pospondrá la celebración de cultos religiosos o ceremonias civiles fúnebres hasta la finalización del estado de alarma, sin perjuicio de la posibilidad prevista en el párrafo siguiente. La participación en la comitiva para el enterramiento o despedida para cremación de la persona fallecida se restringe a un máximo de tres familiares o allegados, además, en su caso, del ministro de culto o persona asimilada de la Confesión respectiva para la práctica de los ritos funerarios de despedida del difunto. En todo caso, se deberá respetar siempre la distancia de uno a dos metros entre ellos» (10).

Esta orden modifica substancialmente lo establecido en el Real Decreto 463/2020 de declaración de estado de alarma al introducir nuevas prohibiciones y restricciones al culto no contempladas. En este sentido, acierta Rosa María Ramírez Navalón (11) cuando afirma que esta Orden «ha servido como instrumento jurídico para, en este caso, suprimir (y no solo limitar) manifestaciones del ejercicio del derecho de libertad religiosa modificando y no simplemente interpretando el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo». Por lo demás, no señalaba nada distinto con relación a las ceremonias religiosas no fúnebres. Con lo que se debe entender que el artículo 11 ya citado continuaba vigente. Toda la doctrina eclesialista coincide al afirmar que la orden vino a modificar el Real Decreto y que supuso una limitación mayor, al no considerar «servicio esencial» a los servicios religiosos. En este sentido, coincido con María Belén Rodrigo Lara cuando afirmaba: «“suspensión” no es sinónimo de “restricción”... Puesto que, el Real Decreto no limita expresamente el derecho de libertad religiosa, pero indirectamente, sí lo restringe en la medida en que obliga a los ciudadanos a estar confinados en sus casas no contemplando entre las excepciones previstas, como servicio “esencial”, el salir a celebrar actos religiosos» (12).

Cronológicamente, en la Orden SND/386/2020, de 3 de mayo, se flexibilizan determinadas restricciones sociales y se determinan las condiciones de desarrollo de la actividad de comercio minorista y de prestación de servicios, así como de las actividades de hostelería y restauración en los territorios menos afectados por la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se articulaban las 4 fases graduales para la consecución de la denominada «normalidad» en función de la evolución de los datos epidemiológicos y del impacto de las medidas adoptadas. Se flexibiliza-

(10) Cfr. MARTÍ SÁNCHEZ, J. M.^a, *Preparación religiosa a la muerte y emergencia sanitaria*, cit...

(11) RAMÍREZ NAVALÓN, R. M.^a, *Acceso a los lugares de culto...*, cit., p. 30.

(12) RODRIGO LARA, M.^a B., *La libertad religiosa...*, cit., p. 14.

ban determinadas restricciones sociales, (grupos de personas, viaje en un mismo vehículo privado, etc...), pero, con relación a la libertad religiosa se flexibilizaban las medidas para la contención aplicables a los velatorios y entierros, y establecidas por la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo. Se disponía en su artículo 5. Velatorios y entierros, que: «1. Se autorizan los velatorios en todo tipo de instalaciones, públicas o privadas, con un límite máximo de quince personas en espacios al aire libre y diez personas en espacios cerrados. 2. La participación en la comitiva para el enterramiento o despedida para cremación de la persona fallecida se restringe a un máximo de quince personas, entre familiares y allegados, además de, en su caso, del ministro de culto o persona asimilada de la confesión respectiva para la práctica de los ritos funerarios de despedida del difunto». Con relación a los lugares de culto, el artículo 6: «Se permitirá la asistencia a lugares de culto siempre que no se supere un tercio de su aforo y que se cumplan las medidas generales de higiene y distancia física establecidas por las autoridades sanitarias».

El Ministerio de Sanidad por Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, acordó la flexibilización de determinadas restricciones en aplicación de la fase 1. Con relación a los Lugares de culto, el artículo 9 señala: «1. Se permitirá la asistencia a lugares de culto siempre que no se supere un tercio de su aforo y que se cumplan las medidas generales de seguridad e higiene establecidas por las autoridades sanitarias. 2. Si el aforo máximo no estuviera claramente determinado se podrán utilizar los siguientes estándares para su cálculo: a) Espacios con asientos individuales: una persona por asiento, debiendo respetarse, en todo caso, la distancia mínima de un metro; b) Espacios con bancos: una persona por cada metro lineal de banco; c) Espacios sin asientos: una persona por metro cuadrado de superficie reservada para los asistentes; d) Para dicho cómputo se tendrá en cuenta el espacio reservado para los asistentes excluyendo pasillos, vestíbulos, lugar de la presidencia y colaterales, patios y, si los hubiera, sanitarios. Determinado el tercio del aforo disponible, se mantendrá la distancia de seguridad de, al menos, un metro entre las personas. El aforo máximo deberá publicarse en lugar visible del espacio destinado al culto. No se podrá utilizar el exterior de los edificios ni la vía pública para la celebración de actos de culto. 3. Sin perjuicio de las recomendaciones de cada confesión en las que se tengan en cuenta las condiciones del ejercicio del culto propias de cada una de ellas, con carácter general se deberán observar las siguientes recomendaciones: a) Uso de mascarilla con carácter general; b) Antes de cada reunión o celebración, se deberán realizar tareas de desinfección de los espacios utilizados o que se vayan a utilizar, y durante el desarrollo de las actividades, se reiterará la desinfección de los objetos que se tocan con mayor frecuencia; c) Se organizarán las entradas y salidas para evitar agrupaciones de personas en los accesos e inmediaciones de los lugares de culto; d) Se pondrá a disposición del público dispensadores de geles hidroalcohólicos o desinfectantes con actividad virucida autorizados y registrados por el Ministerio de Sanidad, en todo caso en la entrada del lugar de culto, que deberán estar siempre en condiciones de uso; e) No se permitirá el uso de agua bendecida y las abluciones rituales deberán realizarse en casa; f) Se facilitará en el interior de los lugares de culto la distribución de los asistentes, señalizando si fuese necesario los asientos o zonas utilizables en función del aforo permitido en cada momento; g) En los casos en los que los asistentes se sitúen directamente en el suelo y se descalcen antes de entrar en el lugar de culto, se usarán alfombras personales y se ubicará el calzado en los lugares estipulados, embolsado y separado; h) Se limitará al

menor tiempo posible la duración de los encuentros o celebraciones; i) Durante el desarrollo de las reuniones o celebraciones, se evitará: 1.º El contacto personal, manteniendo en todo momento la distancia de seguridad. 2.º La distribución de cualquier tipo de objeto, libros o folletos. 3.º Tocar o besar objetos de devoción u otros objetos que habitualmente se manejen. 4.º La actuación de coros».

Finalmente, la Orden del Ministerio de Sanidad SND/414/2020, de 16 de mayo, determinó la flexibilización de determinadas restricciones en aplicación de la fase 2. En particular, el artículo 9, sobre «Lugares de culto», establece que: «1. Se permitirá la asistencia a lugares de culto siempre que no se supere el cincuenta por ciento de su aforo. El aforo máximo deberá publicarse en lugar visible del espacio destinado al culto. Se deberán cumplir las medidas generales de seguridad e higiene establecidas por las autoridades sanitarias. 2. Serán de aplicación los requisitos previstos en el artículo 9, apartados 2 y 3, de la Orden SND/399/2020, de 9 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional, establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 1 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad».

Todas estas situaciones han sido controladas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, como aparece en la Orden de Servicio Plan Desescalada COVID-19(13) que el Director Adjunto Operativo del Cuerpo Nacional de Policía ha remitido a todas las Jefaturas Superiores para el despliegue según las fases del plan del Gobierno. Lo relevante del documento, en cuanto al culto religioso, es que la orden de comunicar y coordinar con «obispados y representantes de asociaciones musulmanas y otras confesiones la vigilancia, supervisión y control de aforos».

IV. ANÁLISIS JURÍDICO: LIBERTAD RELIGIOSA FRENTE A SALUD PÚBLICA

A falta de que se pronuncie el Tribunal Constitucional (14), a mi juicio, surgen dos problemas jurídicos:

1.º La divergencia entre la medida y su aplicación práctica.

La primera de las cuestiones ha sido resuelta en la exposición, no se cierran los lugares de culto, pero se impiden las celebraciones religiosas. Las FCSE des-

(13) <https://religion.elconfidencialdigital.com/articulo/iglesia-estado/policia-coordinara/20200520235325030123.html> (página consultada 20 de marzo de 2021).

(14) Sobre este aspecto seguro se ocuparán mis compañeros de Derecho Constitucional a cuyo análisis me remito, pero hay que decir que el máximo intérprete de nuestra Constitución (TC), todavía no se ha pronunciado en relación con dos recursos de inconstitucionalidad admitidos a trámite. El primero, contra el decreto que supuso el confinamiento domiciliario y la consiguiente limitación de derechos derivada de esta medida, entre el 14 de marzo y el 21 de junio últimos, y luego, en octubre de 2020, contra la nueva norma y sus disposiciones específicas para coordinar con las CC. AA. la actuación necesaria frente a la pandemia de la COVID-19. Es verdad que, el TC está siendo restrictivo en relación con la admisión de otros recursos y peticiones formuladas contra el actual estado de alarma. Por ello, falta determinar si las medidas aprobadas por el Ejecutivo han constituido o no una violación constitucional al utilizar de forma abusiva e injustificada, o no, el estado de alarma y vulnerar derechos fundamentales de los ciudadanos.

alojan a las personas en cuyo interior se concentran con lo que estamos ante una divergencia entre la norma y su aplicación. De forma que, el culto y la asistencia religiosa no se ha considerado como una «actividad o servicio esencial (15)». En este sentido, destacaron las declaraciones del expresidente de USA que vino a reconocer en el centro de la desescalada el carácter de «esencial» de los lugares de culto (16).

2.º La proporcionalidad de las medidas.

Cuando los tribunales se han pronunciado sobre las limitaciones a la libertad religiosa, lo han hecho sobre la base procesal de medidas cautelares, y aunque hay varias resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo (17), se pueden señalar, a título ilustrativo, dos supuestos muy concretos. En ambos, la parte actora ha sido la asociación Abogados Cristianos que interpuso demanda contencioso-administrativa contra las restricciones a la libertad religiosa. En el primer caso, contra las impuestas en el municipio de Valladolid, en relación a las limitaciones de aforo en los lugares de culto, ceremonias nupciales y otras celebraciones religiosas o civiles que se resolvió con el Auto del TSJ de Valladolid, de 4 de septiembre de 2020, donde no se adopta la medida cautelar y el Tribunal considera adecuada la justificación de la limitación valorando la situación de la pandemia, la generalidad de las medidas en otros ámbitos y el lapso temporal de su vigencia (18). El segundo caso, contra la medida restrictiva de limitación de aforo al máximo de 25 personas en lugares de culto religioso dictada por Castilla y León, en el Acuerdo 3/2021, de 15 de enero, de su Presidente. Se trata del Auto del Tribunal Supremo de la Sala de lo Contencioso, Sección Cuarta, de fecha de 18/02/2021.

(15) Conforme se señala en el artículo 2 de la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas, por «servicio esencial» debe entenderse: «el servicio necesario para el mantenimiento de las funciones sociales básicas, la salud, la seguridad, el bienestar social y económico de los ciudadanos, o el eficaz funcionamiento de las Instituciones del Estado y las Administraciones Públicas».

(16) Tal y como puede leerse en una noticia del Diario *El País*: «Hoy identifico a los templos de culto, iglesias, sinagogas y mezquitas, como lugares esenciales que proporcionan servicios esenciales», ha dicho Trump durante una conferencia de prensa en la Casa Blanca, en la que no ha respondido a preguntas. «Algunos gobernadores han considerado las licorerías y las clínicas de abortos como esenciales, pero no las iglesias y otros templos. Eso no está bien». <https://elpais.com/sociedad/2020-05-22/trump-declara-esenciales-las-iglesias-y-pide-su-reapertura.html> (página consultada 20 de febrero de 2021).

(17) Cfrs., ATS, Sala de lo Contencioso, Sección 4, de 26 de marzo de 2021, ATS, Sala de lo Contencioso, Sección 4, de 21 de enero de 2021, ATS, Sala de lo Contencioso, Sección 4, de 19 de enero de 2021, TSJ de Castilla la Mancha núm. 367/2020, Sala de lo Contencioso, Sección 1, de 20 de octubre, STSJ de Navarra, Núm. 167/2020, Sala de lo Contencioso, Sección 1, de 16 de octubre, etc.

(18) El Tribunal afirma que: «A la vista de la evolución de la situación epidemiológica y sanitaria en el municipio de Valladolid se impone la adopción, en su ámbito territorial, de nuevas medidas tendentes a limitar el número de personas para el desarrollo de determinadas actividades o eventos, ya sean de carácter familiar o social, en la vía pública, en espacios de uso público o en espacios privados, con la finalidad de controlar la transmisión de la enfermedad. Ello sin perjuicio de que tales medidas deban ser objeto de seguimiento y evaluación continua y, en todo caso, en un período no superior a siete días naturales desde la publicación de la presente orden, con el fin de garantizar su adecuación a la evolución de la situación epidemiológica y sanitaria, y proceder, según el caso, a su mantenimiento, modificación o cesación de efectos».

Aquí, el TS sí que concede la medida cautelar valorando las mismas circunstancias (19).

Desde el punto de vista jurídico resulta importante que las limitaciones que se operen contra el ejercicio de los derechos y libertades persigan una finalidad legítima que, desde luego, sí sucede en abstracto en esta situación cuando se trata de proteger la salud y los derechos de los demás (20). El análisis de la finalidad legítima debemos hacerlo, como lo ha venido interpretando la jurisprudencia, desde la óptica de la proporcionalidad, valorando múltiples aspectos y matices, tales como: la duración de la limitación, su comparación con otras limitaciones operadas en relación con otras libertades y derechos (que la libertad religiosa tenga igualdad de trato), los parámetros de ocupación de los lugares de culto en relación con su capacidad habida cuenta de la necesidad de evitar la concentración masiva de personas, las separaciones de seguridad y el resto de protecciones específicas.

Si resulta oportuno detenernos en ese análisis objetivo de la proporcionalidad aplicada a la libertad religiosa, dentro de los tres requisitos exigibles dentro del juicio de proporcionalidad:

1.º La adecuación (que la limitación haya sido establecida por ley de manera que sea previsible para el sujeto): En estos casos, habría que valorar si la prohibición (dentro de las circunstancias concurrentes) resulta un medio adecuado, idóneo, útil, eficaz, y seguro para conseguir el fin propuesto por el legislador (fin que solo puede ser la protección de otro derecho fundamental o la protección de un valor o un bien que tenga fundamento expreso o implícito en el texto constitucional). En este caso, a priori, las limitaciones operan para salvaguardar la salud y los derechos de los demás, pero en todo caso, deben siempre prever la máxima aplicación del derecho dentro de estos límites.

2.º La necesidad (que la limitación persiga un fin legítimo): Hay que valorar si estamos ante una medida adecuada, y desde luego indispensable para asegurar el ordenamiento jurídico y evitar la lesión grave de la libertad religiosa, valorando todos los límites incluido el orden público, y en este caso la salud pública. Se debe realizar la pregunta de si es absolutamente necesaria esta medida y si no caben otras limitaciones o modificaciones para asegurar el mismo fin.

(19) El Tribunal afirma que: «al valorar la proporcionalidad de la restricción de aforo, y en qué grado pudiera afectar al pleno desarrollo de la libertad religiosa..., no cabe olvidar que se limita la concurrencia de personas a las manifestaciones colectivas de la libertad de culto, siendo obviamente esta vertiente, la exteriorización colectiva de actos de culto, celebración y encuentros religiosos unos de los contenidos garantizados del derecho de libertad religiosa (art. 2.Uno.a y b de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa). A ello hemos de añadir que la limitación, que admite la propia Administración demandada, se hace con carácter indefinido hasta que finalice el estado de alarma, esto es, hasta el 9 de mayo de 2021, según la prórroga autorizada en R. D. 956/20202, de 20 de noviembre (art. 2), y que la extensión territorial de la limitación abarca todo el territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

La extensión temporal y territorial de la medida, junto con la falta de diferenciación entre las características de los lugares son elementos claves en el análisis de proporcionalidad que debe cumplir toda limitación de un derecho fundamental».

(20) Por toda la doctrina sobre libertad religiosa en relación con la denominada «finalidad legítima» en la doctrina del TEDH, Cfr. MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «Limitations on Religious Freedom in the Case Law of the European Court of Human Rights», en *Emory International Law Review*, 19 (2005), pp. 587-636.

3.º La proporcionalidad en sentido estricto: Es necesario que la intensidad de la intervención sea proporcional y proporcionada a los bienes jurídicos en conflicto. Mediante esta fase del juicio crítico se concluye afirmando que el sacrificio del derecho fundamental se encuentra en una relación razonable y proporcionada con la importancia del interés público que se trata de proteger. Esto es, que de la limitación de uno de los derechos en conflicto frente al otro u otros se derivan más beneficios que perjuicios para el interés general. Y, además, dentro de este juicio de proporcionalidad entran otros elementos en el análisis como es el límite temporal de la restricción, su comparación con las limitaciones existentes para otros derechos, en los casos de limitaciones de aforo y la capacidad de los lugares de culto, etc.

Quizá una de las normas más polémicas aprobadas en la lucha contra el COVID-19 ha sido la Orden núm. 341, de 26 de enero de 2021, por la que se establecen las medidas sanitarias preventivas en diversos sectores de la ciudad como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica de la COVID-19, aprobada por la Consejería de Economía y Políticas Sociales de la Ciudad Autónoma de Melilla y su consiguiente prórroga mediante la Orden núm. 846, de 16 de febrero de 2021. En esta Orden, nos sirve para realizar el juicio más extremo sobre la proporcionalidad que podemos realizar. Entre otras medidas, más o menos conocidas y aplicadas relacionadas con la reducción de aforos a un determinado porcentaje de su cabida, junto con la otra limitación conocida de la denominada «distancia social» de necesaria separación (1,5 metros), se incluye el cierre de los lugares de culto precisamente, el día de precepto religioso para las principales confesiones religiosas: para los católicos se ordena el cierre el domingo, para los judíos el sábado y para los musulmanes el viernes, esto jamás se había producido.

No parece proporcionado que, cuando la legislación nacional, en el estado de alarma no ha previsto el cierre de los lugares de culto, sí lo haga una Orden. Esta disposición ha propiciado una queja del Obispado de Málaga (21) (del que depende la ciudad de Melilla) en la que denuncia la vulneración del derecho fundamental de libertad religiosa precisamente por cerrar los lugares de culto los días de precepto, en vez de limitar su aforo. Por otro lado, el cierre solo se produce de los lugares de culto, no se prescribe para otras actividades, así como también reprocha la unilateralidad en la toma de la decisión, entre otros aspectos.

Otro de los puntos importantes en el análisis es la aplicación de los principios constitucionales que regulan la actuación del Estado en materia de libertad religiosa, tanto en su vertiente individual, como en su vertiente colectiva. En este caso, deben respetarse los principios de igualdad, libertad religiosa, cooperación y laicidad positiva. La aplicación de estos principios obliga al Estado a adoptar una actitud positiva ante el fenómeno religioso, debe comprender la importancia de la religión en los propios individuos, toda vez que, «la libertad de culto no constituye un corolario de la libertad de reunión, sino que deriva esencialmente del derecho a la libertad religiosa, que es el primer y fundamental derecho humano. Por eso es necesario que sea respetada, protegida y defendida por las autoridades civiles, como la salud y la integridad física. Además, un buen cuidado del cuerpo nunca

(21) Cfr., <https://www.diocesismalaga.es/pagina-de-inicio/2014053637/comunicado-sobre-el-cierre-de-las-iglesias-en-melilla/> (página consultada el 12 de abril de 2021).

puede prescindir del cuidado del alma» (22). Dicho de otra forma, como afirma Javier Martínez-Torrón (23): «a la hora de apreciar la necesidad y la proporcionalidad de las limitaciones de la libertad de culto, es esencial partir de una valoración realista del verdadero impacto que estas limitaciones tienen en la vida de las personas y confesiones».

V. CONCLUSIONES

1. No parece lógico que se haya limitado el derecho fundamental de libertad religiosa usando como instrumento jurídico una Orden (Orden SND/298/2020, de 29 de marzo) para, en este caso, suprimir el derecho al culto modificando y no simplemente interpretando el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.

2. Sin embargo, la actividad asistencial no ha parado. Ha estado cerrada la puerta principal del templo religioso, pero abierta la trasera, de forma que se han repartido ayudas a las personas necesitadas, pero no la asistencia religiosa.

3. El denominado «pasto religioso y espiritual» o la atención religiosa en momentos en los cuales muchas personas a nuestro alrededor estaban falleciendo, la imposibilidad de dar el último adiós a los familiares y amigos ha supuesto una limitación desproporcionada de la libertad religiosa. Así lo hemos visto en la morgue improvisada del palacio de hielo en Madrid.

4. Se ha entendido que el ciudadano tenía derecho al «supermercado» pero no a la alimentación de su espíritu, de forma que la trascendencia de la vida humana protegida en el Derecho de libertad religiosa se ha limitado tanto, que se ha llegado, en ocasiones, a impedir.

5. Las cosas se podrían haber hecho de otra manera. Los porcentajes de ocupación de terrazas de bares o de su interior –dependiendo las fases– eran más amplios que los de los lugares de culto. La legislación sigue equiparando, de hecho y por el derecho, a los lugares de culto con los bares, pubs o discotecas, –con las denominadas antiguamente «actividades molestas, nocivas, insalubres»–.

6. No quiero dejar de detenerme en las prohibiciones específicas de «no cantar» «no saludarse» donde se pide que la música sea grabada, que abogan por ceremonias que podemos denominar «pasivas», cuando no se ha dado una razón objetiva suficientemente cuando pueden usarse medios de protección para no eliminarlas.

(22) Quizá una de las mejores expresiones por su concisión y rotundidad la podemos encontrar en el Discurso del Santo Padre Francisco a los miembros del cuerpo diplomático acreditado ante la Santa Sede, en el Aula de las Bendiciones, el lunes, 8 de febrero de 2021, donde señaló –además de lo señalado en el texto–, que: «Las exigencias para contener la difusión del virus también se ramificaron sobre diversas libertades fundamentales, incluida la libertad de religión, limitando el culto y las actividades educativas y caritativas de las comunidades de fe. Sin embargo, no debemos pasar por alto que la dimensión religiosa constituye un aspecto fundamental de la personalidad humana y de la sociedad, que no puede ser cancelado; y que, aun cuando se está buscando proteger vidas humanas de la difusión del virus, la dimensión espiritual y moral de la persona no se puede considerar como secundaria respecto a la salud física». http://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2021/february/documents/papa-francesco_20210208_corpo-diplomatico.html (página consultada el 13 de abril de 2021).

(23) MARTÍNEZ-TORRÓN, J., *COVID-19 y Libertad Religiosa. ¿Problemas nuevos...*, cit., p. 29.

7. Es verdad que todos teníamos que aprender de esta pandemia, y que las propias confesiones han aceptado –prácticamente sin protesta–, las limitaciones impuestas, pero el Estado de Derecho tiene mecanismos para hacer las cosas mejor. Se ha olvidado el principio de cooperación y de laicidad positiva, puesto que, la propia Comisión Asesora de Libertad Religiosa, no ha sido consultada en ninguna de las medidas adoptadas, cuando es el órgano de asesoramiento al Gobierno de España en las medidas que se adopten sobre la libertad religiosa, y tiene que pronunciarse sobre cualquier disposición relativa a la regulación de este Derecho. No hay que olvidar que en este órgano están representadas las principales confesiones religiosas, los diferentes ministerios y muy reconocidos expertos en esta materia.

8. No se ha considerado a los servicios religiosos como «servicio esencial».

9. La dimensión religiosa no ha sido vista como elemento esencial de la persona humana.

10. En definitiva, en el campo de la libertad religiosa, las cosas podrían haberse hecho bastante mejor.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV., *COVID-19 y Libertad Religiosa* (Martínez-Torrón, J., y Rodrigo Lara, J., Coords), Ed. Iustel, Madrid, 2021.
- COMBALÍA SOLÍS, Z., «Los límites al derecho fundamental de libertad religiosa», en *Derecho y Religión* (García García, R., y Rossell Granados, J., Coords.), Ed. Edisofer, Madrid, 2020, pp. 233-250.
- MARTÍ SÁNCHEZ, J. M.^a, «Preparación religiosa a la muerte y emergencia sanitaria», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 55 (2021).
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., «COVID-19 y Libertad Religiosa. ¿Problemas nuevos o soluciones antiguas?», en *COVID-19 y Libertad Religiosa* (Coords., Martínez-Torrón, J., y Rodrigo Lara, B.), Ed. Iustel, Madrid, 2021.
- «Limitations on Religious Freedom in the Case Law of the European Court of Human Rights», en *Emory International Law Review*, 19, (2005), pp. 587-636.
- PAREJO GUZMÁN, M.^a J., «Los Estados de Alarma durante la pandemia del COVID-19 en relación al Derecho a la libertad religiosa, a la religiosidad y a las religiones», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 55 (2021).
- RAMÍREZ NAVALÓN, R. M.^a, «Acceso a los lugares de culto y ceremonias religiosas durante el Estado de alarma decretado por la pandemia del COVID-19», en *Actualidad jurídica Iberoamericana*, núm. 12 bis, mayo, 2020, pp. 24-31.
- RODRIGO LARA, M.^a B., «La libertad religiosa en España durante la pandemia de COVID-19», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 54 (2020).
- SOLER MARTÍNEZ, J. A., «Estado de Alarma y Libertad Religiosa y de Culto», en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 53 (2020).

EL IMPACTO DEL SARS-COV-2 SOBRE LAS (DES)IGUALDADES MATERIALES Y RELACIONALES

Borja BARRAGUÉ*

Resumen

El enfoque tradicional en la economía ha sido que eventos catastróficos como las guerras y las pandemias tienden a reducir la desigualdad. Sin embargo, la avalancha de pre-prints inducida por el SARS-CoV-2 muestra una evidencia preliminar de que la pandemia puede estar aumentando la desigualdad. En el debate académico de los últimos años, la discusión sobre la desigualdad se ha centrado en su dimensión distributivo-material. Pero la (des)igualdad es bidimensional. Por una parte, están las demandas redistributivas, que buscan un reparto más equitativo de recursos como los ingresos y la riqueza. Pero por la otra parte están las demandas reconocimiento, que aspiran a la igualdad de estatus de la ciudadanía. El artículo sostiene que existe evidencia de que la pandemia del COVID-19 ha aumentado los niveles de desigualdad existentes en ambas dimensiones en un contexto, además, de incremento de la aversión hacia la desigualdad.

Palabras clave

Igualdad, redistribución, reconocimiento, igualitarismo distributivo, igualitarismo relacional, preferencias sobre la desigualdad.

Abstract

According to the mainstream approach to inequality economics, catastrophic events like wars and pandemics tend to reduce inequality. However, SARS-CoV-2 flood of pre-print articles shows preliminary evidence that this time can be different. In the scientific debate of last years, the discussion on inequality has focused on its distributional and material dimension. But (in)equality is two-dimensional. On the one hand there are the redistributive demands, which seek a more equitable distribution of resources such as income and wealth.

* El artículo forma parte del Proyecto «Innovaciones en programas de garantía de rentas: políticas, pilotos y propuestas», financiado en la convocatoria Proyectos de I+D+i Retos de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación (referencia PID2019-104801RB-I00).

But on the other hand, there are the demands for recognition, which seek to equal citizenship status. The article holds that there is evidence that the COVID-19 pandemic has increased existing levels of inequality in both dimensions and that it has taken place in a context of increased aversion to inequality.

Keywords

Equality, redistribution, recognition, distributive egalitarianism, relational egalitarianism, inequality aversion.

SUMARIO. I. Introducción. II. Dos conceptos de igualdad. III. El impacto de la pandemia sobre la igualdad distributiva. IV. El impacto de la pandemia sobre la igualdad política. V. El impacto de la pandemia sobre las preferencias por la desigualdad. VI. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

LA crisis económica provocada por la pandemia del SARS-CoV-2 puede contribuir a reforzar la tendencia del aumento de la desigualdad que muchas democracias industriales vienen experimentando en las últimas cuatro o cinco décadas. Si esto emerge como un problema, ello se debe porque en las sociedades contemporáneas la igualdad es el valor que más cotiza en el mercado de principios morales o éticos, hasta el punto de que figura en todos los programas de los partidos políticos españoles de ámbito estatal, se encuentren en la orilla derecha (VOX) o izquierda (Unidas Podemos) del espectro político. Esto es algo radicalmente novedoso. Puede que las sociedades estamentales o de castas nos parezcan cosas del pasado (muy) remoto, pero Rosa Parks fue detenida en 1955 por negarse a ceder un asiento de la parte delantera –un privilegio que el ordenamiento jurídico reservaba a las personas de raza blanca– de un autobús a un joven blanco.

Sin embargo, el hecho de emplear un mismo término («igualdad») produce la ilusión de un consenso que es falso. Los académicos, los líderes políticos y los ciudadanos evocan un mismo valor para referirse a convencimientos muy distintos, incluso contradictorios. Ese es el motivo de que haya cierta confusión en el debate, incluso académico, acerca de la (des)igualdad, pues «las personas pueden ser iguales (o al menos tener mayor igualdad) en un aspecto, con la consecuencia de que se vuelven desiguales (o más desiguales) en otros» (1). Por ejemplo, una persona puede estar a favor de la igualdad política, entendida como una distribución más o menos igual del poder político, pero en contra de la igualdad distribu-

(1) DWORKIN, R., *La teoría y la práctica de la igualdad*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 21.

tiva, entendida como una distribución más o menos igual de aquello que sea nuestro *distribuendum*.

El artículo tiene tres objetivos. Primero, desbrozar el concepto de igualdad para distinguir dos nociones conexas pero diferentes: la igualdad distributiva y la igualdad política. Segundo, repasar los efectos que el SARS-CoV-2 puede tener sobre esos dos conceptos de igualdad. Por último, analizar el impacto que el eventual incremento de la desigualdad, asociado al SARS-CoV-2, puede provocar sobre la confianza de la ciudadanía en las instituciones democráticas.

Para ello, el resto del artículo se organiza del siguiente modo. La sección II traza la distinción entre las dos principales concepciones de la igualdad, la distributiva y la política. La sección III y repasa las consecuencias del SARS-CoV-2 sobre la igualdad distributiva. El apartado IV examina el impacto del SARS-CoV-2 sobre la igualdad política o igualdad como reconocimiento. Por último, el apartado VI resume y expone unas conclusiones tentativas.

II. DOS CONCEPTOS DE IGUALDAD

Aunque es una noción que hoy damos por descontada en cualquier sociedad, en realidad la justicia social es un concepto muy reciente. Durante la mayor parte de la historia, la asistencia social o bien ha sido una idea extraña por completo a los sistemas de organización social, o bien se ha organizado sobre la base de la caridad, una noción que nada tiene que ver con la justicia social.

La caridad es un principio dispositivo, del que no nace ningún derecho (a la ayuda) ni, por tanto, ningún deber. La justicia social implica, muy al contrario, que las personas en situación de vulnerabilidad socioeconómica tienen un «derecho» a la protección social organizada, del que nace el «deber» correlativo del resto de la sociedad a sufragar esa asistencia mediante el pago de impuestos –no es casualidad que los sistemas tributarios modernos tengan apenas cien años de existencia.

Partiendo de esa noción contemporánea de la justicia social, las teorías de la justicia contemporáneas han venido discutiendo, sobre todo a partir de 1971 –fecha de publicación del libro de John Rawls *A Theory of Justice*–, el rol que la suerte, el mérito o el esfuerzo han de jugar en el diseño de las políticas públicas encargadas de aterrizar en las instituciones la justicia social. Durante los años de la Guerra Fría se popularizaron dos nociones de la justicia social o distributiva: la justicia social como igualdad de resultados del bando soviético y la igualdad de oportunidades del bando occidental.

La igualdad de resultados quedó sepultada en el derrumbe del bloque soviético que comenzó a finales de 1989. A partir de 1990, pues, en la mayoría de los países occidentales se extiende entre la (mayoría de la) población una noción muy específica de la justicia social, según la cual el poder público (Estado) ha de asegurar cierta igualdad en el punto de salida, pero no en el de llegada, porque uno de los infrecuentes consensos de la economía moderna es que igualar resultados genera pésimos incentivos en los agentes económicos.

En ese contexto, no es muy sorprendente que Ronald Dworkin sostuviera célebramente que la mayoría de las teorías políticas contemporáneas comparte una

base común igualitaria –*el egalitarian plateau*–. La cuestión, pues, consistía, o eso pensaba Amartya Sen, en «igualdad de qué» (2). Es decir, en qué tiene que (re)distribuir de forma más o menos igualitaria el Estado para garantizar que todas las personas, con independencia de factores que no hemos elegido y por los que no tenemos ninguna responsabilidad (moral), como la clase social o la calidad de nuestros genes, estén en condiciones de perseguir sus proyectos de vida (3). A partir de 1990, la corriente dominante de la filosofía política contemporánea da por sentado que la justicia social consiste en (re)distribuir algo (ingresos, riqueza o bienestar, típicamente) de acuerdo con un patrón distributivo igualitario, para compensar *ex post* a los agentes por factores que escapan a su control como la clase social, la calidad de sus genes o ser alcanzado por un rayo. Para la corriente dominante de la filosofía política contemporánea, la igualdad es una noción compensatoria y (re)distributiva.

Sin embargo, como señala E. Anderson en un artículo en el que se pregunta por «cuál es el objetivo de la igualdad», la mayoría de los movimientos que históricamente han luchado por la igualdad ni pretendían (únicamente) la redistribución de recursos como los ingresos o la riqueza, ni las demandas tenían por base una supuesta injusticia cósmica derivada de la mala calidad de nuestros apellidos o genes (4). Pensemos por ejemplo en el movimiento en favor de los derechos de las personas homosexuales. Sus demandas se centran en cuestiones como la libertad de mostrarse en público sin tener para ello que fingir otra orientación sexual ni temer agresiones físicas, así como el acceso parigual instituciones jurídicas como la del matrimonio o la adopción. Ni demandan más de lo que sea nuestro *distribendum* ni la base de la reclamación es la mala suerte (bruta).

Algo muy similar cabe decir del movimiento encabezado por Martin Luther King, Rosa Parks o Malcolm X por los derechos de las personas afroamericanas en la década de 1960. O, más recientemente, el movimiento por los derechos de las personas con discapacidad tampoco ha ceñido su agenda a la igualdad de recursos materiales, sino que la ha ampliado para centrar su atención en cuestiones como la accesibilidad o el lenguaje, que tradicionalmente los ha marginado o categorizado como personas estúpidas o inútiles. Para los movimientos que han luchado por la igualdad en las calles, la igualdad es un ideal político-relacional que funda sus demandas en la igual dignidad y respeto que merecemos todas las personas, no una noción distributiva y material que basa sus requerimientos en la mala suerte sideral.

(2) SEN, A. K., «Equality of What?», en S. McMurrin (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values*, Cambridge University Press, Cambridge, 1979, pp. 197-220.

(3) Sen afirma que lo que el Estado de asegurar es una distribución más o menos igualitaria de las capacidades (*vid.* Sen, *op. cit.*, como en nota 2). Para Rawls, en cambio, la métrica más adecuada de la justicia social son los bienes primarios (RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971). Mientras para Dworkin, por citar solo algunas de las concepciones de la justicia distributiva más relevantes en el ámbito de la filosofía política contemporánea, el resultado que el poder público ha de buscar igualar son los recursos (DWORKIN, R., «What is Equality? Part 2: Equality of Resources», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 10, núm. 4, 1981, pp. 283-245).

(4) ANDERSON, E., «What is the Point of Equality», *Ethics*, vol. 109, núm. 2, 1999, pp. 287-337.

III. EL IMPACTO DE LA PANDEMIA SOBRE LA IGUALDAD DISTRIBUTIVA

Si atendemos a su dimensión distributiva, una crisis como la del SARS-CoV-2 podría tener, teóricamente, dos efectos: aumentar o reducir la desigualdad. Porque, aunque a priori pueda parecer contraintuitivo, la literatura económica ha destacado el importante rol igualador que, históricamente, han jugado eventos catastróficos como las pandemias.

La literatura académica sobre la desigualdad ha venido distinguiendo entre factores que tienden a aumentar la desigualdad y causas que contribuyen a reducirla. Entre los segundos, existen factores positivos o benévolos, que deseamos que ocurran y que además reducen las desigualdades, como por ejemplo la introducción de sistemas tributarios progresivos o la implantación de prestaciones como la sanidad y educación universales. Junto a ellos, tenemos factores mucho menos deseables pero que resulta que, históricamente, típicamente han contribuido a disminuir los niveles de desigualdad, como las guerras, epidemias y pandemias.

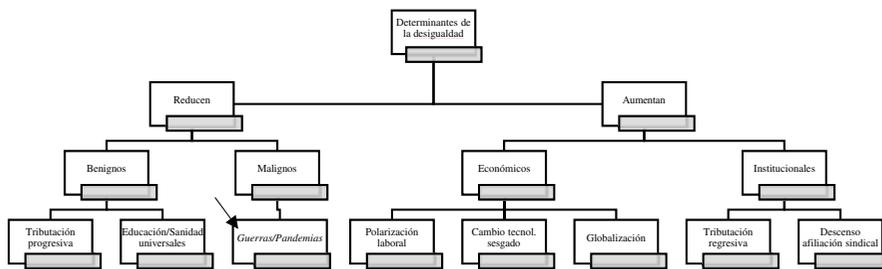


Diagrama 1. Determinantes de la (des)igualdad

Fuente: elaboración propia.

En *The Great Leveler: Violence and History of Inequality from the Stone age to the Twenty-First Century*, Walter Scheidel apunta que la contracción de la desigualdad asociada a eventos catastróficos como las guerras y las pandemias obedece a un doble mecanismo causal: por un lado, la disminución en el retorno del capital y, por el otro, el aumento o como mínimo el mantenimiento de los ingresos salariales (5). Más recientemente, y analizando en concreto los efectos de quince pandemias ingentes en las que murieron al menos 100.000 personas, Óscar Jordá y sus coautores encuentran lo mismo que Scheidel: el brusco incremento de la letalidad provocada por las pandemias disminuye drásticamente y súbitamente la oferta de mano de obra, que se traslada a –o como mínimo correlaciona con– niveles salariales superiores a los que encontraríamos en su ausencia (6).

(5) SCHEIDEL, W., *The Great Leveler: Violence and History of Inequality from the Stone age to the Twenty-First Century*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 2017.

(6) JORDÁ, Ó. et al., «Longer-Run Economic Consequences of Pandemics», Federal Reserve of San Francisco Working Paper 2020-09, 2020.

Hasta aquí, la explicación del enfoque tradicional acerca de la relación entre eventos catastróficos y comportamiento de la desigualdad. Sin embargo, es (muy) posible que esta vez sea diferente y que la pandemia del SARS-CoV-2 no actúe como un «gran igualador», por emplear la expresión de Scheidel, sino como un «gran desigualador». Teóricamente éste es un resultado no solo posible sino incluso esperable, ya que el doble mecanismo causal que ha provocado en el pasado las contracciones en los niveles de desigualdad esta vez están ausentes. Por un lado, en la pandemia del SARS-CoV-2 se ha producido una reducción muy menor en la retribución del capital. Por el otro lado, la posibilidad de teletrabajar no está homogéneamente distribuida a lo largo de la distribución salarial, sino que es más frecuente en los grupos de mayor renta.

Efectivamente, si pasamos de la teoría a los datos, existe alguna evidencia preliminar reunida para un conjunto de países que apunta a que las personas de menores ingresos tienen entre tres y cuatro veces menos probabilidades de teletrabajar que las personas que ocupan el extremo más alto de la distribución (7). Dado que (i) no todo el mundo puede llevarse la oficina a casa, (ii) aquellos que sí hemos podido hacerlo estamos sobrerrepresentados en la parte alta de la distribución y (iii) es probable que la destrucción de empleo se cebe entre aquellos que no han podido hacerlo y que están sobrerrepresentados en la parte baja de la distribución, el resultado más probable es que la pandemia del COVID provoque un aumento de la desigualdad salarial. Sobre todo, si a esto le sumamos la circunstancia de que el COVID no ha reducido la oferta de mano de obra como otras pandemias anteriores, ya que el riesgo de muerte tampoco está distribuido homogéneamente entre las diversas cohortes, sino que se ha concentrado en la población jubilada de 65 o más años.

Pero la igualdad distributiva no se agota en los ingresos y la riqueza, sino que alcanza a otros recursos como las oportunidades. Aunque evaluaciones recientes la sitúan como la menos eficaz (8), la primera medida que adoptaron la mayoría de los países fue cerrar los colegios. Desde la óptica salubrista-epidemiológica es una medida que encuentra una justificación obvia en la reducción de la velocidad de contagio.

Ahora bien, existe una amplísima evidencia de que la escuela es uno de los principales igualadores sociales, porque trata por igual a todos los alumnos con independencia de sus apellidos. O eso es al menos lo que ocurre en un modelo de escuela presencial, donde los estudiantes desayunan, se visten y se llegan hasta el aula.

Sin embargo, el cierre de las aulas determinó el paso a un modelo de educación *online*, en el que los alumnos se despiertan y desayunan, pero ya no salen de casa para continuar su proceso educativo. Teóricamente, lo esperable es que un modelo virtual de educación reduzca la potencia igualadora de la escuela, ya que la educación en casa reproduce todas las (des)ventajas socioeconómicas que se heredan de padres a hijos. En un escenario de este tipo, los niños de familias con un elevado nivel cultural y económico van a poder continuar su proceso educativo sin mayores problemas, porque en sus hogares disfrutaban de una buena conexión a Internet, un

(7) FANA, M. *et al.*, «The COVID confinement measures and EU labour markets», *JCR Technical Reports*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2020.

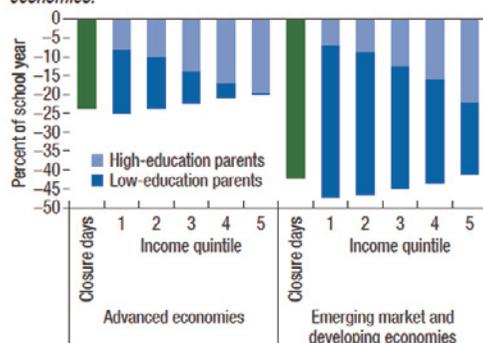
(8) SHARMA, M. *et al.*, «Understanding the effectiveness of government interventions in Europe's second wave of COVID-19», COVID-19 SARS-CoV-2 preprints from medRxiv and bioRxiv, 2021.

número suficiente de dispositivos electrónicos con los que conectarse al aula virtual y, en caso de que lo necesiten, unos progenitores que cuentan con los recursos cognitivos y de tiempo suficientes para prestar su apoyo.

No todos los niños tienen esa suerte. Si transitamos desde lo que predice la teoría a lo que muestran los primeros datos, el informe Fiscal Monitor del Fondo Monetario Internacional de abril de 2021 contiene un epígrafe dedicado a analizar el «Impacto del cierre escolar durante el COVID-19» sobre el proceso educativo (Gráfico 1).

Figure 2.5. Education Losses from School Closures and Remote Learning Efficiency in 2020

Learning losses reached about a quarter of children's normal annual learning progress in advanced economies and almost double this amount in emerging market and developing economies.



Sources: Engzell, Frey, and Verhagen 2020; Oxford COVID-19 Government Response Tracker; United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization; World Development Indicators and COVID-19 phone surveys; and IMF staff estimates.
Note: Data shown are simple averages. Green bars denote shares of a school year that schools at all grades were subject to mandatory closures between March 1 and December 31, 2020. Blue bars denote children's estimated learning losses by income quintile and are based on estimated learning efficiency varying by parents' education.

Gráfico 1. Impacto del cierre escolar y la educación virtual durante el confinamiento (por nivel educativo de los padres)

Fuente: FMI (2021).

El mencionado epígrafe comienza así: «Es posible que la desigualdad aumente en el futuro debido a que el cierre escolar ha provocado una disrupción educativa sin precedentes en todo el mundo» (9). El mecanismo causal en los países desarrollados actúa fundamentalmente por el lado de la oferta, ya que el cierre implica

(9) Fondo Monetario Internacional, *Fiscal Monitor*, International Monetary Fund Publication Services, Washington, p. 32.

reducciones tanto de los servicios educativos prestados como del acceso a ellos. En los países en desarrollo, a este efecto por el lado de la oferta se le añade el que actúa por la vía de la demanda. Según las estimaciones del FMI, en los países emergentes la tasa de matriculación escolar neta podría reducirse un punto porcentual a lo largo de 2021. La teoría predice que los alumnos que abandonan tempranamente el colegio sufrirán pérdidas de ingresos y de oportunidades a lo largo de todo su ciclo vital, agrandando con ello las brechas socioeconómicas (10).

En definitiva, es probable que, a diferencia de eventos catastróficos pasados, el SARS-CoV-2 aumente la desigualdad de recursos y de oportunidades. De esta manera, la pandemia se sumaría a una serie de factores de carácter más bien económico –el cambio tecnológico sesgado hacia los más cualificados, la integración mundial de las cadenas de valor y la creciente polarización de los mercados de trabajo– que han venido empujando al alza la desigualdad desde mediados de la década de 1970.

IV. EL IMPACTO DE LA PANDEMIA SOBRE LA IGUALDAD POLÍTICA

Como decíamos, existe otra corriente del igualitarismo contemporáneo que afirma que la justicia es una noción bidimensional, en la que a las demandas de redistribución hay que añadir las demandas de reconocimiento. Puesto en un eslogan: ninguna redistribución sin reconocimiento.

Mientras que las demandas de redistribución aspiran a una distribución más equitativa de recursos tales como ingresos y riqueza, las de reconocimiento persiguen una sociedad más inclusiva, donde el precio a pagar por entrar a formar parte de la esfera donde se toman las decisiones de política pública no sea la asimilación a los códigos del grupo cultural dominante. Desde este enfoque ampliado, las injusticias ya no tienen una base exclusivamente económica, sino también en patrones de representación, comunicación e interpretación social. Los remedios que se demandan a esas injusticias ya no consisten solo, ni siquiera principalmente, en redistribuciones de recursos *ex post*, sino en el rediseño de las principales instituciones públicas para hacerlas más inclusivas.

De acuerdo con esta visión, la igualdad sería, pues, un valor que rige ya no las distribuciones de nuestras pertenencias personales, sino algunas formas de las relaciones entre individuos (11). Desde esta perspectiva, la cuestión ya no se ciñe a «qué es aquello que tenemos que redistribuir de una forma igualitaria», sino «qué formas de distribución son compatibles con el ideal de una sociedad de iguales» (12).

(10) CHETTY, R. *et al.*, «Real-Time Economics: A New Platform to Track the Impacts of COVID-19 on People, Businesses, and Communities Using Private Sector Data», Harvard University and Opportunity Insight, 2020. Disponible en <https://www.hks.harvard.edu/centers/mrcbg/programs/growthpolicy/real-time-economics-new-platform-track-impacts-covid-19-people> (fecha de último acceso 15 de abril de 2021).

(11) BARRAGUÉ, B., *Desigualdad e igualitarismo predistributivo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017, p. 281.

(12) SCHEFFLER, S., «The Practice of Equality», en C. Fourie, F. Schuppert e I. Wallimann-Helmer (eds.), *Social Equality: Essays on What it Means to be Equals*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 21-45.

Pues bien, existe evidencia de que la pandemia está exacerbando la desigualdad de género. Con esto no me refiero a que el SARS-CoV-2 esté agrandando la brecha salarial, aunque también lo esté haciendo (13). Me refiero a que, debido a múltiples motivos, porque los fenómenos sociales tienden a ser multicausales, la pandemia está agravando la desigualdad entre hombres y mujeres en otros ámbitos que no apelan a la (re)distribución de recursos materiales. Me referiré a evidencia proveniente de tres de esos ámbitos.

El primero es la violencia doméstica. Debido a que los confinamientos decretados por la pandemia suponían habitualmente la obligación de permanecer en el hogar, surgió la preocupación de que el efecto combinado del estrés económico y la convivencia forzada incrementaran la violencia doméstica. Existen ya algunos trabajos que aíslan el efecto de la convivencia forzosa y el estrés económico sobre la violencia en el hogar. Un artículo publicado en agosto de 2020 encuentra que, para el caso de España, la violencia doméstica «aumentó significativamente en 4,5 puntos porcentuales, un 23,38 % del promedio preconfinamiento, debido a un incremento de abusos de tipo sexual y psicológico. En cambio, no encontramos ningún efecto sobre los niveles de violencia física, que es el tipo más severo de abuso. Esto es consistente con el descenso en el número de muertes violentas de mujeres durante el confinamiento» (14).

El segundo ámbito afectado es el reparto del trabajo doméstico. Por numerosos motivos, entre los cuales el cierre de colegios y guarderías probablemente juega un rol destacado, la pandemia está agravando las desigualdades preexistentes en lo referente al cuidado y el reparto de las tareas del hogar entre hombres y mujeres. Existen diversos indicios de ello, pero aquí solo tengo espacio para mencionar dos.

El primero es una encuesta realizada por el Instituto de Estudios Fiscales británico, publicada el 27 de mayo de 2020, y que encontró que las madres británicas fueron más propensas que los padres a estar de baja remunerada durante los confinamientos debido a la pandemia (15). Además, dentro de las parejas con hijos en que ambos siguieron trabajando, ellas sufrieron mayores recortes en las horas trabajadas. Más aún, la encuesta también encuentra que en las parejas con hijos en que ambos siguieron teletrabajando, es más probable que ellas simultaneen durante más horas el trabajo con el cuidado de los niños.

Un segundo indicio lo encontramos en el impacto de la pandemia sobre la producción científica de las académicas. Existe ya evidencia del efecto diferencial de la pandemia sobre la productividad de los hombres y las mujeres en la academia. Por mencionar solo algunos trabajos, un estudio de 41.858 *pre-prints* del repositorio Social Science Research Network (SSRN) reveló que a pesar de que la productividad total en el ámbito de la investigación había aumentado, la de las mujeres había disminuido en comparación con la de los hombres (16). Otro estudio, con

(13) Para el caso particular de España, *vid.* HUPKAU, C. Y VICTORIA, C., «COVID-19 and gender inequality in Spain», *EsadeEcPol Insight* #8, 2020.

(14) ARENAS-ARROYO, E. *et al.*, «Can't Leave You Now! Intimate Partner Violence under Forced Coexistence and Economic Uncertainty», *IZA DP* No. 13570, 2020, p. 3.

(15) ANDREW, A. *et al.*, «Parents, especially mothers, paying heavy price for lockdown», *Institute for Fiscal Studies*, Londres, 2020.

(16) CUI, R. *et al.*, «Gender Inequality in Research Productivity During the COVID-19 Pandemic», disponible en el repositorio *online* de *pre-prints* de arXiv, 2020.

una muestra de 450.000 artículos en el ámbito STEM, muestra que la pandemia ha perjudicado a las mujeres a la hora de figurar en las posiciones clave a la hora de firmar los artículos (17). Además, existen muchos estudios que han revelado una brecha de género en la investigación relativa al COVID-19 (18).

El tercer ámbito, y el último que vamos a repasar aquí, es la salud mental. Los datos del gráfico 3 muestran un efecto diferencial nítido en la salud mental de las mujeres: si tomamos el año 2017 como punto de referencia, las mujeres tenían entonces un 6 % más de probabilidades de sentirse insatisfechas o deprimidas –existe evidencia internacional de que las mujeres tienden a presentar, en situaciones normales, no pandémicas, peores datos de salud mental–. Esta cifra se elevó hasta el 16% en abril de 2020. Es decir, una brecha de unos diez puntos porcentuales. En julio la brecha disminuye, pero sigue siendo superior a los cinco puntos porcentuales.

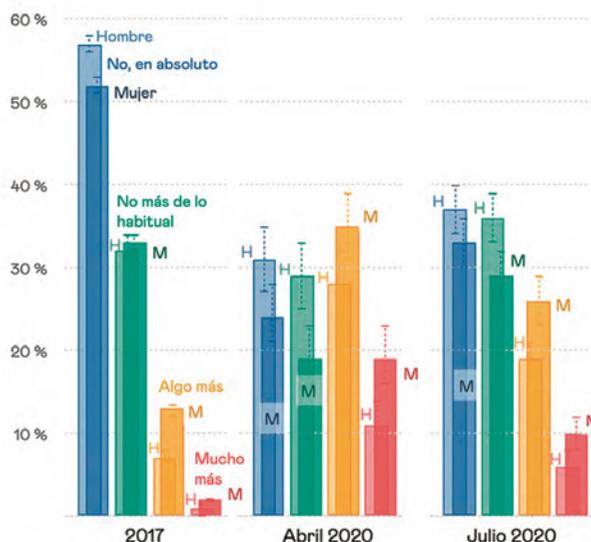


Gráfico 2. Impacto de la pandemia sobre la salud mental en España (respuestas a la pregunta «En las últimas semanas, ¿te has sentido infeliz o deprimido/a?»)

Fuente: Foremny *et al.* (2020).

(17) KING, M. y FREDERICKSON, M., «The Pandemic Penalty: The gendered effects of COVID-19 on scientific productivity», *Socius: Sociological Research for a Dynamic World*, 2021, vol. 7, 2021, pp. 1-24.

(18) Vid. por todos GABSTER, B. P., «Challenges for the Female Academic during the COVID-19 Pandemic», *The Lancet*, vol. 395, núm. 10242, 2020, pp. 1968-1970.

V. EL IMPACTO DE LA PANDEMIA SOBRE LAS PREFERENCIAS POR LA DESIGUALDAD

En los apartados III y IV se ha mostrado evidencia preliminar de la hipótesis que se apuntaba en el apartado II: el SARS-CoV-2, a diferencia de pandemias y eventos catastróficos anteriores, puede actuar como un enorme desigualador. Pero, además, este esto va a suceder en un momento en que va a aumentar la aversión hacia la desigualdad en el conjunto de la sociedad.

En efecto, el SARS-CoV-2 tiene el potencial de afectar no solo los niveles de desigualdad material y política, sino de producir también alteraciones sobre las preferencias hacia la desigualdad de la gente. En el ámbito de la filosofía política y moral, una visión muy extendida, quizá la más extendida, afirma que las desigualdades son injustas cuando son producto de la (mala) suerte bruta, pero justas cuando obedecen a circunstancias que quedan bajo nuestro control (mérito, esfuerzo). Pero además de ser la corriente dominante en el ámbito filosófico, existen estudios que muestran que la gente percibe como más injustas aquellas desigualdades que son producto de circunstancias que escapan a nuestro control (19).

En la medida en que el SARS-CoV-2 es una circunstancia que en gran medida escapa a nuestro control y puede perjudicar muy significativamente nuestra economía –desempleo, reducción de ingresos, cierre de la actividad– y nuestra salud, podría constituir un evento que afecte las preferencias sobre la desigualdad de la ciudadanía. Concretamente, en la dirección de una mayor aversión a la desigualdad –dicho de otra forma, haciendo a la gente más igualitaria–. Esto es exactamente lo que encuentran Asaria y sus coautores en un estudio publicado en abril de 2021. Por decirlo con sus palabras: «Con independencia del país y el año, [la crisis del COVID-19] ha incrementado la aversión por la desigualdad de ingresos y de salud de la gente» (20).

VI. CONCLUSIÓN

El artículo discute el impacto de la pandemia del SARS-CoV-2 sobre la (des) igualdad. Pueden destacarse 3 conclusiones tentativas de este análisis:

1. A diferencia de otras pandemias y eventos catastróficos anteriores, existen ciertas características específicas de la crisis económica (distribución poco homogénea de la posibilidad de teletrabajar) y de salud (población jubilada sobrerrepresentada entre la más afectada) provocada por el COVID-19 que pueden aumentar la desigualdad.

2. De hecho, existe evidencia preliminar de que la pandemia ha aumentado los niveles de desigualdad de ingresos (por los cierres de actividades, principal-

(19) WIKLER, D., «Personal and Social Responsibility for Health», *Ethics and International Affairs*, vol. 16, núm. 2, 2006, pp. 47-55.

(20) ASARIA, M. *et al.*, «How Does Exposure to COVID-19 Influence Health and Income Inequality Aversion», *IZA Working Paper* 14103, 2021, p. 18.

mente) y de oportunidades y de género entre los hombres y las mujeres (por los confinamientos en el hogar y los cierres escolares).

3. Este incremento de las desigualdades está ocurriendo en un contexto de aumento de la aversión hacia la desigualdad.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSON, E. «What is the Point of Equality», *Ethics*, Vol. 109, núm. 2, 1999, pp. 287-337.
- ANDREW, A., *et al.*, «Parents, especially mothers, paying heavy price for lockdown», Institute for Fiscal Studies, Londres, 2020.
- ARENAS-ARROYO, E., *et al.*, «Can't Leave You Now! Intimate Partner Violence under Forced Coexistence and Economic Uncertainty», *IZA DP* No. 13570, 2020.
- ASARIA, M., *et al.*, «How Does Exposure to COVID-19 Influence Health and Income Inequality Aversion», *IZA Working Paper* 14103, 2021.
- BARRAGUÉ, B., *Desigualdad e igualitarismo predistributivo*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2017.
- CHETTY, R., *et al.*, «Real-Time Economics: A New Platform to Track the Impacts of COVID-19 on People, Businesses, and Communities Using Private Sector Data», Harvard University and Opportunity Insight, 2020.
- CUI, R., *et al.*, «Gender Inequality in Research Productivity During the COVID-19 Pandemic», disponible en el repositorio *online* de *pre-prints* de arXiv, 2020.
- DWORKIN, R., *Virtud soberana: la teoría y la práctica de la igualdad*, Paidós, Barcelona, 2003.
- «What is Equality? Part 2: Equality of Resources», *Philosophy and Public Affairs*, vol. 10, núm. 4, 1981, pp. 283-345.
- FANA, M., *et al.*, «The COVID confinement measures and EU labour markets», *JCR Technical Reports*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2020.
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *Fiscal Monitor*, International Monetary Fund Publication Services, 2021.
- FOREMNY, D., *et al.*, «Estrés y depresión durante la pandemia: por qué importan las desigualdades de género, las condiciones del mercado laboral y la protección social», *EsadeEcPol Insight* #26, 2020.
- GABSTER, B. P., «Challenges for the Female Academic during the COVID-19 Pandemic», *The Lancet*, vol. 395, núm. 10242, 2020, pp. 1968-1970.
- JORDÁ, O., *et al.*, «Longer-Run Economic Consequences of Pandemics», *Federal Reserve of San Francisco Working Paper* 2020-09, 2020.
- KING, M., y FREDERICKSON, M., «The Pandemic Penalty: The gendered effects of COVID-19 on scientific productivity», *Socius: Sociological Research for a Dynamic World*, 2021, 2021, vol. 7, pp. 1-24.
- RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Harvard, 1971.
- SCHEFFLER, S., «The Practice of Equality», en C. Fourie, F. Schuppert e I. Wallimann-Helmer (eds.), *Social Equality: Essays on What it Means to be Equals*, Oxford University Press, Oxford, 2015, pp. 21-45.
- SCHUIDEL, W., *The Great Leveler: Violence and History of Inequality from the Stone age to the Twenty-First Century*, Nueva Jersey: Princeton University Press, 2017.

- SEN, A. K., «Equality of What?», en S. McMurrin (ed.), *The Tanner Lectures on Human Values*, Cambridge: Cambridge University Press, 1979, pp. 197-220.
- SHARMA, M., *et al.*, «Understanding the effectiveness of government interventions in Europe's second wave of COVID-19», COVID-19 SARS-CoV-2 preprints from medRxiv and bioRxiv, 2021.

LA PANDEMIA Y LA LIBERTAD DE EMPRESA

Antonio CIDONCHA MARTÍN*

Resumen

El objeto de este trabajo es analizar desde una perspectiva constitucional el impacto jurídico de la pandemia sobre la libertad de empresa. Se explica en primer lugar cómo entiende el Tribunal Constitucional esta libertad y cómo se sitúa esta en el contexto de los estados excepcionales. Después, se analiza la erosión que ha sufrido la libertad de empresa con las medidas adoptadas en las tres fases por las que ha pasado (y sigue pasando) la crisis sanitaria. Por último, se concluye con unos breves apuntes, a modo de epílogo.

Palabras clave

Pandemia. Libertad de empresa. Contenido esencial. Estado de alarma. Suspensión de actividades económicas. Nueva normalidad. Legislación sanitaria.

Abstract

The purpose of this paper is to analyze from a constitutional perspective the legal impact of the pandemic on the freedom of enterprise. First, it explains how the Constitutional Court understands this freedom and how it is situated in the context of exceptional states. It then analyzes the erosion suffered by the freedom of enterprise as a result of the measures adopted in the three phases through which the health crisis has passed (and continues to pass). Finally, it concludes with a few brief notes by way of an epilogue.

Keywords

Pandemic. Freedom of enterprise. Essential content. State of alarm. Suspension of economic activities. New normality. Sanitary legislation.

* Profesor contratado doctor de Derecho Constitucional. Universidad Autónoma de Madrid.

SUMARIO: I. Introducción. II. Sobre la libertad de empresa. 1. La libertad de empresa como derecho fundamental; 2. La libertad de empresa y los estados excepcionales. III. Sobre la libertad de empresa y la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. 1. La libertad de empresa durante la vigencia del estado de alarma decretado el 14 de marzo de 2020. 2. La libertad de empresa durante la «nueva normalidad». 3. La libertad de empresa durante la vigencia del estado de alarma decretado el 25 de octubre de 2020. IV. Breves apuntes a modo de epílogo. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Todos lo sabemos: estamos en crisis, en una crisis sanitaria provocada por un virus llamado COVID-19. La OMS declaró la situación de emergencia de salud pública el 30 de enero de 2020 y, ante la galopante propagación del virus, declaró finalmente la situación de pandemia el 11 de marzo de 2020.

Entre nosotros, esta crisis sanitaria ha pasado jurídicamente por varias etapas. La primera va desde el 14 de marzo de 2020, fecha en la que el Gobierno decretó el estado de alarma en todo el territorio nacional «para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19», hasta el 21 de junio de 2020, fecha en la que la dejó de estar vigente tras seis prórrogas. La segunda va desde esa fecha hasta el 24 de octubre de 2020: es el período que se ha dado en llamar de «nueva normalidad». La tercera arranca el 25 de octubre de 2020, fecha en la que el Gobierno decretó un nuevo estado de alarma en todo el territorio nacional «para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2». Al cierre de este trabajo, esta tercera etapa está a punto de concluir: el 9 de mayo de 2021 vence la prórroga (¡por 6 meses!) de ese estado de alarma. Pero me temo que, llegada esa fecha, la crisis sanitaria continuará. En todo caso, jurídicamente no acabará en tanto el Gobierno no decrete su finalización, de acuerdo con la evidencia científica disponible y previo informe del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias (1).

En el limitado espacio del que dispongo, pretendo al menos esbozar el impacto jurídico sobre la libertad de empresa de las medidas adoptadas en cada una de estas fases. Me centraré en algunos asuntos (no todos) y tomando como referencia la Constitución. Se trata, pues, de un (esbozo de) análisis básicamente constitucional. Por ello, antes de entrar en el meollo (apartado II) es imprescindible informar de cómo entiende el Tribunal Constitucional la libertad de empresa y de cómo se ubica esta en el conjunto de los estados excepcionales (apartado I). Finalizaré (no puede ser de otra forma) con unos breves apuntes, a modo de epílogo (apartado IV).

(1) Utilizo las palabras del artículo 2.3 del Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes y de coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, derogado por la Ley 2/2021, de 19 de marzo, del mismo nombre, que reproduce íntegramente en su artículo 2.3 el contenido del artículo 2.3 del decreto-ley que deroga.

II. SOBRE LA LIBERTAD DE EMPRESA

1. LA LIBERTAD DE EMPRESA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Casi me produce rubor recordar esto, pero conviene hacerlo en los tiempos que corren: no solo son derechos fundamentales aquellos cuyo «desarrollo» está reservado a Ley Orgánica (art. 81.1 de la Constitución –CE en adelante–), esto es, los de la sección 1.^a del capítulo II del Título Primero de la CE, sino todos los que encontramos en el capítulo II. Por tanto, también son derechos fundamentales los de la sección 2.^a, entre ellos, la libertad de empresa consagrada en el artículo 38. Por ser derecho fundamental, la libertad de empresa goza de la doble garantía constitucional de la reserva de ley y de la obligación de la ley de respetar su contenido esencial (art. 53.1 CE). Así lo declaró tempranamente el Tribunal Constitucional (TC en adelante), en el fundamento jurídico (FJ en adelante) de la sentencia 37/1981 y así la ha reiterado en varias ocasiones (como ejemplo más reciente, la STC 53/2014, FJ 7).

Sin embargo, para el TC la libertad de empresa no es un derecho fundamental cualquiera, es un derecho fundamental *ma non troppo*. Lo revela sobre todo cómo ha interpretado para ella la regla del artículo 53.1 CE, la que obliga al legislador a respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales (2). Como he declarado en otros lugares (3), el TC nunca ha escrutado las restricciones legales de la libertad de empresa con los criterios de la sentencia 11/1981, esto es, desde la llamada «teoría absoluta» de los derechos fundamentales. Lo ha hecho tradicionalmente desde la «teoría relativa», apelando al principio de proporcionalidad, pero mutilado, esto es, circunscrito aparentemente a los dos primeros test del mismo (idoneidad y necesidad), con exclusión del tercero (proporcionalidad en sentido estricto), aunque, en realidad, limitado a un mero control de razonabilidad de la medida limitativa o, en otros términos, un mero test de idoneidad (4).

En 2016 se produce un cambio en el enfoque del TC, siempre desde la teoría relativa. Este cambio se aprecia en la STC 35/2016 (FJ 4)(5) y se consolida en las SSTC 89/2017 (FJ 14) y 111/2017 [FJ 4.a)]. Con arreglo a la nueva jurisprudencia, la libertad de empresa tiene dos cánones de control del respeto al contenido esencial de la libertad de empresa, según que la regulación que la limite afecte al «acceso» al mercado, esto es, a la libertad de inicio de la actividad empresarial, o solo al «ejercicio de» la actividad empresarial, sin afectar al acceso al mercado. En el primer caso (acceso al mercado), el canon de control es el de proporcionalidad mutilada: la medida limitativa del acceso al mercado será constitucional si supera los

(2) También por la forma en que entiende su condición de derecho subjetivo. Para el TC, la libertad de empresa es un derecho debilitado en su dimensión subjetiva, porque sobre él predomina su dimensión institucional. Sobre esta cuestión, CIDONCHA MARTÍN, A., *La libertad de empresa*, Thomson/Civitas-IEE, Cizur Menor, 2006, p. 176.

(3) Más recientemente, en CIDONCHA MARTÍN, A., «Coronavirus y libertad de empresa», en Biglino Campos, P., y Durán Alba, J. F. (dirs.), *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Colección Obras Colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, p. 336.

(4) Sin disimulo alguno, en la STC 53/2014 (FJ 7).

(5) Se atisba en la STC 53/2014, FJ 7, a la que hace mención la STC 35/2016.

test de idoneidad y necesidad. En el segundo caso (ejercicio de la actividad empresarial ya iniciada), el único canon de control, según la STC 35/2016, es el de idoneidad, como de costumbre: la medida limitativa del ejercicio de la actividad empresarial será constitucional si es «adecuada» o idónea para la consecución de un *fin legítimo* (6).

Pero falta una sorpresa. En la sentencia 89/2017 [FJ 14 b)], el TC añade un nuevo test a la limitación de la «libertad de ejercicio», más propio de un entendimiento «absoluto» de la regla del artículo 53.1 CE: la medida limitativa es constitucional si, además de ser adecuada para alcanzar un objetivo legítimo, no conlleva, debido a su intensidad, «una privación del referido derecho»; o, para ser más precisos, no supone «un impedimento práctico para su ejercicio». En el mismo sentido se pronuncia la STC 111/2017 [FJ 4 a)]. Retenga el lector esta novedad.

2. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LOS ESTADOS EXCEPCIONALES

La CE no ha incluido la libertad de empresa entre los derechos fundamentales que pueden ser suspendidos con carácter general si se declaran los estados de excepción y de sitio (art. 55). Fuera o no una imprevisión del legislador constituyente, este es un dato de partida que no se puede soslayar. En ninguno de los estados excepcionales (alarma, excepción y sitio) se puede suspender con carácter general la libertad de empresa. Lo que sí procede durante la vigencia de cualquiera de esos estados es limitar con carácter general el ejercicio de la libertad de empresa, pero con el límite del respeto a su contenido esencial. La regla del artículo 53.1 CE rige para la libertad de empresa, cualquiera que sea el estado que se declare.

Ahora bien, el contenido esencial de los derechos fundamentales es resistente a la ley, pero no a la CE misma, que puede introducir excepciones. En tiempos de excepción y sitio, se puede excepcionar la regla del artículo 53.1 CE, suspendiendo con carácter general ciertos derechos fundamentales, pero entre ellos no está la libertad de empresa. Sin embargo, tanto en tiempos excepcionales (alarma, excepción o sitio) como en tiempos de normalidad, la regla que obliga a la ley a respetar el contenido esencial la libertad de empresa (art. 53.1 CE, en conexión con el art. 38) es excepcionable si se ponen en práctica las cláusulas habilitadoras del segundo inciso del artículo 128.2 CE. Esta norma constitucional excluye del ámbito de aplicación de la libertad de empresa los recursos o servicios esenciales reservados al sector público o las empresas intervenidas mediante ley (7).

Así las cosas, la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOAES en adelante), a la que reserva la CE la regulación de esos estados (art. 116.1), no puede regular medidas que supongan suspensión general de la libertad de empresa, pero sí limitaciones respetuosas con su contenido esencial o amparadas en el artículo 128.2 CE. Y a fe que lo ha hecho.

(6) Fin legítimo apto para limitar la libertad de empresa no es solo un fin previsto en la CE, sino cualquier fin que no esté prohibido por ésta (*vid.* STC 83/1984, FJ 3).

(7) Sobre esta cuestión, *vid.* CIDONCHA MARTÍN, A., *La libertad de empresa*, ob. cit., pp. 332 y ss.

Durante la vigencia del estado de alarma (y bajo su cobertura jurídica), la LOAES habilita (no obliga) a adoptar medidas específicas que impactan directamente sobre la libertad de empresa. El decreto de alarma podrá acordar, por ejemplo, la intervención transitoria de industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza [art. 11.c) LOAES] o, más genéricamente, la intervención de empresas [art. 12.2 LOAES]. Medidas de este tipo de este tipo están amparadas en el artículo 128.2 CE, como ya he dicho. También puede acordar la limitación o el racionamiento del uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad [art.11.d) LOAES]. Una medida tal afecta a la libertad de actuación en el mercado y debe ser respetuosa con el contenido esencial de la libertad de empresa(8).

Amén de estas medidas expresas y específicas, el artículo 12.1 LOAES habilita a la autoridad competente en el estado de alarma para adoptar las medidas establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas, cuando se declare el estado de alarma en razón del supuesto b) del artículo 4 LOAES (crisis sanitarias, tales como epidemias...). Por esta puerta se da entrada a la legislación sanitaria (estatal o autonómica) para hacer frente a crisis de este tipo. La legislación básica estatal al respecto con incidencia en la libertad de empresa se contrae al binomio formado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), en particular, sus artículos 26 y 28; y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de la Salud Pública (LGSP), en particular su artículo 54(9). Estas dos leyes estatales facultan a las autoridades sanitarias (estatales o autonómicas) a adoptar una amplia variedad de medidas concretas para hacer frente a crisis sanitarias y, como cierre, a modo de cláusula general, las que estimen necesarias a tal fin.

Entre las medidas concretas hay dos que impactan directamente sobre la libertad de empresa: la suspensión del ejercicio de actividades o el cierre temporal de empresas e instalaciones (art. 26 LGS y 54 LGS). También durante la vigencia del estado de excepción y de sitio la LOAES autoriza a adoptar estas medidas (art. 26). Me pregunto si estas normas, en tanto autoricen a adoptar medidas de alcance general, son respetuosas con el contenido esencial de la libertad de empresa. Trataré de responder a esta pregunta en el apartado siguiente.

(8) En fin, también puede habilitar a la autoridad competente a impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados en situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad [art. 11.e) LOAES]. Una medida tal, en cuanto afecte negativamente a la libertad del empresario de actuar en el mercado o a su libertad de organización, debe ser respetuosa con el contenido esencial de la libertad de empresa, a menos que implique una intervención de empresas, en cuyo caso deberá justificarse en el artículo 12.2 LOAES.

(9) Debería quedar fuera del radio de acción de la libertad de empresa la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LOMESP), pues no está entre de los derechos de la sección 1.ª del capítulo II del título I, los únicos cuyo desarrollo está reservado a ley orgánica. Sin embargo, el artículo 4 de la misma autoriza a adoptar una medida (establecer el suministro centralizado por la Administración de un producto sanitario o cualquier producto necesario para la protección de la salud que se vea afectado por excepcionales dificultades de abastecimiento) con impacto directo sobre la libertad de empresa. Me pregunto si otorgar rango orgánico a este precepto es constitucional. Es más, me pregunto si realmente la LOMESP es una Ley de «desarrollo» de derechos fundamentales que justifique su rango orgánico. No puedo detenerme en ello.

III. SOBRE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA CRISIS SANITARIA OCASIONADA POR EL COVID-19

1. LA LIBERTAD DE EMPRESA DURANTE LA VIGENCIA DEL ESTADO DE ALARMA DECRETADO EL 14 DE MARZO DE 2020

La respuesta jurídica del Gobierno a la crisis se hizo esperar, pero llegó de forma abrupta el 14 de marzo de 2020, con la declaración del estado de alarma, aprobada mediante Real Decreto 463/2020, que se prolongó, mediante sucesivas prórrogas (seis), hasta el 21 de junio de 2020 (10). En el Real Decreto se adoptaron medidas de «limitación» de la libertad de circulación y medidas de «contención» en distintos sectores, entre ellos diversos sectores económicos (*v. gr.*, el sector servicios –art. 10– o el sector del transporte –art. 14–). Unas y otras medidas perseguían un mismo objetivo, reducir la movilidad y el contacto personal al máximo: las primeras, directamente, las segundas, indirectamente. Todas ellas tenían impacto, real o potencial, sobre la libertad de empresa, pero aquí solo procede referirse a las que impactaron jurídicamente sobre ella, esto es, a las que la afectaron directamente y, además, de forma general. Se trata, en definitiva, de escrutar si alguna de las medidas del citado decreto, dotado de rango de ley (11), lesionó el contenido esencial de la libertad de empresa.

Me centro en la medida que, sin duda, tuvo más impacto, la del artículo 10 del decreto (12). El precepto se dirigía al sector servicios de nuestra economía (la actividad comercial, los equipamientos culturales, los establecimientos y actividades recreativas, las actividades de hostelería y restauración y otras adicionales). Las medidas que preveía eran de alcance general (dirigidas a una pluralidad indeterminada de sujetos) y directamente aplicables (no eran meras habilitaciones). Se pueden resumir así: en el artículo 10 se decretó directamente el cierre de establecimientos o la suspensión de actividades, esto es, la paralización casi total de la actividad de una buena parte del sector terciario o de servicios, que, no olvidemos, supone casi el 70% del PIB del país. La paralización, que se extendió a toda actividad económica no esencial durante 10 días, tras la aprobación del Real Decreto-Ley 10/2020, se fue relajando progresivamente con la puesta en práctica del Plan

(10) En rigor, y uso palabras del propio del propio Gobierno (Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 21/2020), la articulación jurídica de su respuesta a la pandemia se estructuró en torno a dos instrumentos constitucionales: por un lado, la declaración del estado de alarma (y sus prórrogas) y las medidas adoptadas en su virtud, tanto «limitativas» de la libertad de circulación como de «contención» en diversos ámbitos; por otro lado, la adopción de sucesivos decretos-leyes, fundamentalmente dirigidos a paliar las consecuencias negativas en el ámbito socioeconómico de la pandemia y de las medidas de contención adoptadas para contenerlas.

En relación con el impacto sobre la libertad de empresa de los decretos-leyes aprobados durante la vigencia del estado de alarma decretado el 14 de marzo de 2020, me remito a CIDONCHA MARTÍN, A., «Coronavirus y libertad de empresa», *ob. cit.*, pp. 348 a 352.

(11) Rango de ley que le ha otorgado el Tribunal Constitucional (STC 83/2016).

(12) Una clasificación de las medidas del decreto de alarma con impacto (directo o potencial) en la libertad de empresa, en CIDONCHA MARTÍN, A., «Coronavirus y libertad de empresa», *ob. cit.*, pp. 340 a 343. También puede encontrar ahí el lector el «despiece» del artículo 10 del decreto (pp. 343-344).

de Transición a la Nueva Normalidad por el Consejo de Ministros (Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de abril de 2020)(13).

En definitiva, lo que se produjo a partir del 14 de marzo de 2020 y, como mínimo, hasta la puesta en práctica (progresiva y asimétrica) del plan de desescalada, fue «una disrupción temporal y generalizada de la actividad económica», «especialmente acusada en el sector terciario, y muy particular en el turismo y la hostelería, dos de los motores económicos del país». No son palabras mías, sino del mismo Gobierno(14), quien se cuidó mucho de precisar el distinto carácter de las medidas para la movilidad de la población y las de contención de la actividad económica adoptadas en el decreto de declaración de estado de alarma: restricción en un caso, paralización o suspensión en otro(15).

¿Respeto el contenido esencial de la libertad de empresa una prohibición temporal, sí, pero (casi) general y (casi) absoluta de la actividad económica en sectores tan relevantes como el comercio minorista, la hostelería y restauración o los hoteles y alojamientos turísticos? Si me tomo la jurisprudencia reciente del TC en serio (no puedo hacer otra cosa), concluyo que, efectivamente, el artículo 10 del decreto de alarma supera sin problemas el test de razonabilidad o idoneidad que exige el TC para las medidas que afectan al ejercicio de la libertad de empresa. La medida afectó (¡y de qué manera!) a la libertad de ejercicio de la actividad empresarial de la inmensa mayoría de los empresarios del sector servicios. Pero la medida era a priori (y lo fue *a posteriori*) idónea para alcanzar el fin previsto: el inmediato, restringir la movilidad, y el mediato, proteger la vida y la salud de las personas (arts. 15 y 43 CE).

Sucede que no basta con que la medida sea idónea o razonable. Es necesario, además que no conlleve, debido a su intensidad, «una privación del referido derecho»; o, dicho de otro modo, que no suponga «un impedimento práctico para su ejercicio». Y esto es lo que sucedió: que se impidió el ejercicio de la libertad de empresa a los empresarios incluidos dentro del ámbito de aplicación del artículo 10 del decreto de declaración del estado de alarma, que no fueron precisamente pocos. Por muy buenas razones, pero se impidió.

Se puede argüir que las medidas adoptadas en el artículo 10 del decreto de alarma, amén de imprescindibles e inevitables para afrontar el drama que se vivió allá por marzo, fueron temporales, por lo que no implicaron un impedimento definitivo y, por tanto, absoluto, del ejercicio de la actividad empresarial(16). Pero razonar así significa diluir toda diferencia entre suspensión y no suspensión de los

(13) Nunca publicado, aunque sí comunicado al Congreso, en aplicación de la Disposición Adicional Sexta del decreto de declaración de estado de alarma (introducida por el Real Decreto 476/2020, por el que se aprobó la primera prórroga del estado de alarma).

(14) El primer entrecomillado lo encontrará el lector en el preámbulo del Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo; el segundo, en el 13/2020, de 31 de marzo. Las alusiones a que durante la alarma se produjo una paralización o suspensión de numerosas actividades económicas es constante en los preámbulos de los decretos-leyes aprobados durante la vigencia del estado de alarma.

(15) Véase, por ejemplo, el preámbulo del Real Decreto-ley 17/2020, de 5 de mayo o el del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio. En este último se dice textualmente que las medidas de contención han supuesto «reducir la actividad económica y social de forma temporal, restringiendo la movilidad y paralizando la actividad en numerosos ámbitos».

(16) Este argumento parece deslizarlo el Gobierno en el preámbulo del Real Decreto 492/2020, de 24 de abril (tercera prórroga del estado de alarma): «... el carácter limitado en el tiempo de las medidas de contención para hacer frente a la gestión de la crisis sanitaria, junto con las medidas que de

derechos fundamentales, a efectos del artículo 55.1 CE. Si una prohibición general del ejercicio de un derecho no lesiona su contenido esencial por el hecho de ser temporal, ¿qué es entonces una suspensión de un derecho fundamental? (17).

En el artículo 10 del decreto de alarma se extrema, para la libertad de empresa, la «limitación» que, para la libertad de circulación, prevé su artículo 7. Con base en la jurisprudencia misma del TC, pienso que el artículo 10 del decreto de alarma no respetó el contenido esencial de la libertad de empresa (18), un derecho fundamental que, además, no puede ser suspendido con carácter general en ninguno de los estados excepcionales.

2. LA LIBERTAD DE EMPRESA DURANTE LA «NUEVA NORMALIDAD»

El 21 de junio de 2020 finalizó el estado de alarma, pero no, desgraciadamente, la crisis sanitaria provocada por la pandemia. Durante el estado de alarma, pero pensando en el día después de su fin, el Gobierno aprobó el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 junio, de medidas urgentes y de coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Es el llamado decreto-ley de «nueva normalidad», derogado por Ley 2/2021, de 29 de marzo, del mismo nombre, que transcribe su contenido casi en su totalidad.

En el decreto-ley hay mandatos y obligaciones directas (19), pero, sobre todo, directrices dirigidas a las autoridades competentes, de hecho, las autonómicas, para que se aseguren de que los titulares de actividades de contacto directo con el público adopten las medidas pertinentes al objeto de evitar contagios (20). Entre ellos están los titulares de las actividades económicas que fueron suspendidas con la declaración del estado de alarma.

La responsabilidad del control de la pandemia se hizo recaer en cada una las comunidades autónomas ¿Con qué armas jurídicas? Con la legislación sanitaria, la básica estatal (el trinomio LOMESP-LGS-LGSP) y la suya propia, dentro del marco fijado por el citado decreto-ley. Para asegurar un cierto grado de coordinación entre ellas (no en vano corresponde al Estado la coordinación general de la sanidad –art. 149.1.16.^a CE–), y con base en el artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, el Ministerio de Sanidad podía adoptar una «declaración de actuaciones coordinadas en salud pública», previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de

forma simultánea se están articulando en materia socioeconómica, permitirán paliar el impacto de las primeras sobre el conjunto del tejido productivo...».

(17) Sobre lo qué es para mí una «suspensión» de un derecho fundamental, *vid.* CIDONCHA MARTÍN, A., «Algunas ideas a propósito del famoso artículo 7 del decreto de declaración de estado de alarma», en VV. AA., *20 reflexiones jurídicas en tiempo de confinamiento. Liber Amicorum en homenaje a Cristina Izquierdo Sans*, autoedición, 2020, pp. 129-140.

(18) Una posición distinta, en GUERRERO VÁZQUEZ, P., «Estado de alarma sanitaria y medidas limitativas de la actividad económica», en Garrido López, C. (coord.), *Excepcionalidad y derecho: el Estado de Alarma en España*, Colección Obras Colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.

(19) *V. gr.*, artículos 7 y 19.

(20) *V. gr.*, artículos 11 a 16.

Salud (CISNS en adelante), en el que están representadas todas las comunidades autónomas (21).

Es conocido que, ante la nueva ola de contagios que empezó a emerger a poco de entrar en la nueva normalidad, las autoridades autonómicas adoptaron medidas de limitación de las condiciones de ejercicio de la libertad de empresa en, por ejemplo, el sector de la hostelería y la restauración (limitaciones de aforo, de distancia entre mesas y de horarios) e incluso el cierre general de algunas actividades, como el ocio nocturno, con base en los criterios adoptados por el CISNS. El *iter* jurídico era así: declaración de actuaciones coordinadas *ex* artículo 65 de la Ley 16/2003, comunicación por el Ministro de Sanidad a las comunidades autónomas (mediante Orden comunicada) e implementación de las medidas acordadas por cada comunidad autónoma, por regla general mediante Orden de su Consejería de Sanidad (22).

Al hilo de este *modus operandi* me hago algunas preguntas. La primera se refiere a la figura de la «declaración de actuaciones coordinadas» del artículo 65 de la Ley 16/2003 ¿Es una declaración de este tipo título jurídico suficiente para limitar el ejercicio de la libertad de empresa y, en general, los derechos fundamentales? Obviamente, una declaración de actuaciones coordinadas no vincula a los ciudadanos, tan solo a las comunidades autónomas (23). También es obvio que el artículo 65 de la Ley 16/2003 no respeta en absoluto las exigencias de la reserva de ley en materia de restricciones de derechos fundamentales fijadas por el TC (24). Pero es que este precepto no regula el ejercicio de los derechos fundamentales ni lo pretende. Es una norma dirigida únicamente a regular las relaciones de cooperación y coordinación entre las distintas autoridades sanitarias para hacer frente a la pandemia (25).

La base jurídica para adoptar medidas sanitarias limitativas del ejercicio de la libertad de empresa y, por ende, de derechos fundamentales en épocas de normalidad (aunque sea nueva), hay que buscarla en la legislación sanitaria básica estatal y

(21) Salvo en situaciones de urgente necesidad, en cuyo caso el Ministerio tomará las medidas estrictamente necesarias e informará de manera urgente de las medidas adoptadas.

(22) *V. gr.*, mediante Orden 1008/2020, de 18 de agosto, la Comunidad de Madrid implementó las medidas acordadas en el CISNS de 14 de agosto de 2020 y traducidas en una declaración de actuaciones coordinadas vinculante para todas ellas. Entre las medidas adoptadas, se encontraba la limitación de aforos y horarios en la hostelería y restauración y la suspensión total de la actividad de las discotecas y establecimientos de ocio nocturno «hasta el fin de la vigencia de la declaración de actuaciones coordinadas» (que –salvo error por mi parte– no establecía plazo alguno de vigencia).

(23) Los «acuerdos» adoptados en el CISNS, que es una Conferencia Sectorial, son de obligada cumplimiento incluso para la minoría que haya votado en contra de ellos, en tanto el Estado ejerce sobre la sanidad funciones de coordinación [*vid.* art. 151.2.a) de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público –Ley 40/2015–].

(24) Por todas, STC 76/2019, de 22 de mayo (FFJJ 7 y 8), que exige que la ley determine el interés público esencial que fundamente la restricción y que establezca los supuestos, condiciones y garantías en que procede la adopción de medidas restrictivas de los derechos fundamentales. Que este precepto no ofrece cobertura jurídica a la limitación del ejercicio de derechos fundamentales (en concreto, para confinar poblaciones enteras) lo declaró el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid (Auto 128/2020, de 8 de octubre, de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava).

(25) *Vid.* en este sentido VELASCO CABALLERO, F., «El Tribunal Superior de Justicia de Madrid no ratifica los confinamientos por falta de autorización legal», entrada de 8 de octubre de 2020 de su blog.

en, su caso, la autonómica que la desarrolle. A este respecto, me hago al menos dos preguntas:

La primera es si la legislación básica estatal, esto es, el binomio LGS de 1986-LGSP de 2011 (26), habilita a las autoridades sanitarias para adoptar medidas de limitación o suspensión del ejercicio de la libertad de empresa (o de otros derechos fundamentales) «de alcance general». Desde luego, el tenor literal de ambas leyes conspira en contra de una respuesta positiva: las medidas «se fijarán caso por caso» (art. 26.2 LGS) y se adoptarán «previa audiencia de los interesados» (art. 54.3 LGSP). Sin embargo, la reforma operada en la LJCA (27) ha zanjado cualquier duda al respecto, nos guste o no. Desde el 20 de septiembre de 2020 (fecha de entrada en vigor de la reforma), a efectos de autorización o ratificación judicial de las medidas de las autoridades sanitarias que impliquen «limitación o restricción» de derechos fundamentales, hay que distinguir según el alcance subjetivo de las mismas. La competencia para conocer de las medidas de alcance «individual» corresponde a los juzgados de lo contencioso-administrativo (nuevo art. 8.6 LJCA). La competencia para conocer de las que sean de «alcance general» corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional [nuevo art. 11.1.i) LJCA] o a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (nuevo art. 10.8 LJCA), según que la autoridad sanitaria que las adopte sea estatal o distinta de la estatal.

Tras esta reforma, hay que entender que las autoridades sanitarias pueden adoptar medidas que limiten o restrinjan el ejercicio de los derechos fundamentales «con alcance general», dirigidas a «destinatarios no identificados individualmente» pues, de lo contrario, no se explicaría esa nueva competencia de la Audiencia Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas (28).

Ahora es claro, por voluntad del legislador, que las leyes sanitarias básicas estatales habilitan para adoptar las medidas que prevén con «alcance general». Si así son las cosas, me pregunto si habilitar para suspender el ejercicio de actividades o cerrar empresas o establecimientos [medidas que expresamente prevén –art. 26.1 LGS y 54.2 LGSP (29)] con carácter general (*v. gr.*, el cierre de los locales de ocio nocturno) lesiona o no el contenido esencial de la libertad de empresa. En coherencia con lo dicho en relación con el artículo 10 del decreto de estado de alarma declarado el 14 de marzo de 2020, mi respuesta es: sí lo lesiona. Si la libertad de empresa es un derecho fundamental, si su ejercicio no puede ser impedido en la práctica con alcance general, pues ello equivale a su privación [STC 89/2017, FJ 14.a)], las

(26) Excluyo la LOMESP, por las razones expuestas en la nota 9.

(27) Por Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

(28) Ello resulta difícilmente conciliable con el tenor literal de las leyes sanitarias, que no se ha modificado. Una medida de alcance general, por definición, no puede adoptarse «caso por caso» y «previa audiencia de los interesados». Ello obliga a reinterpretar estas referencias, en el sentido de aplicables solo a las medidas de alcance individual ¿Por qué no se ha modificado la legislación sanitaria, para que sea coherente con la modificación de la legislación procesal?

(29) Y que pueden prever también las leyes sanitarias autonómicas de desarrollo. Véase, por ejemplo, el artículo 38.1.b) y c) de la Ley de Salud de Galicia (Ley 8/2008, de 10 de julio), modificada por ley 8/2021, de 25 de febrero. El Presidente del Gobierno ha recurrido diversos preceptos de la ley 8/2021, pero no el nuevo artículo 38.1.

autoridades sanitarias no pueden acordar con alcance general la suspensión del ejercicio de la libertad de empresa en un sector económico, sea el ocio nocturno o cualquier otro, como tampoco puede el Gobierno suspender con alcance general el ejercicio de la libertad de empresa con base en la declaración del estado de alarma. Sí pueden adoptar medidas «que limiten» con alcance general el ejercicio de la libertad de empresa (v. gr., limitaciones de aforo o de horarios (30)) siempre que sean temporales y proporcionadas, tal como exige la legislación básica estatal (arts. 26.2 y 28 LGS y 54.2 LGSP).

3. LA LIBERTAD DE EMPRESA DURANTE LA VIGENCIA DEL ESTADO DE ALARMA DECRETADO EL 25 DE OCTUBRE DE 2020

El 25 de octubre de 2020, el Gobierno decretó un nuevo estado de alarma en todo el territorio nacional (mediante Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre) que, tras la autorización del Congreso, fue prorrogado nada menos que por 6 meses (mediante Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre), hasta el 9 de mayo de 2021. Me interesa destacar lo siguiente:

En primer lugar, en lo que respecta al contenido de las medidas establecidas, la nueva declaración de estado de alarma es menos drástica que la anterior. No se establece ni el confinamiento (casi) total de la población, aunque sí «toques de queda» (art. 5), «confinamientos perimetrales territoriales» (art. 6), amén de limitaciones del derecho de reunión (art. 7) y de la libertad religiosa (art. 8). Y, lo que aquí importa, no se establece medida alguna de «contención» de la actividad económica (31).

En segundo lugar, en lo que respecta al alcance (subjetivo y objetivo) de estas medidas, la nueva declaración del estado de alarma lleva a cabo una doble operación. Por un lado, hace recaer la adopción de las medidas previstas (de todas ellas, tras la prórroga del estado de alarma) (32) en las comunidades autónomas (art. 2) (33). Por otro lado, las medidas previstas son facultativas, no obligatorias: compete a los presidentes de las comunidades autónomas decidir si las adoptan (art. 9), y una vez adoptadas, decidir flexibilizarlas o suspender su aplicación (art. 10).

(30) Véase, por ejemplo, el artículo 38.1.e) y f) de la Ley de Salud de Galicia.

(31) Obvio es decirlo: si se prohíbe la circulación de personas entre las 23:00 y las 6:00 (art. 5) ello afecta *de facto* e indefectiblemente a las actividades económicas (especialmente el ocio nocturno) que se verán sin clientes en esos horarios. Pero, puesto que la limitación del ejercicio de derechos fundamentales no se presume, la sola invocación del artículo 5 del decreto de alarma no basta para ordenar el cierre de los establecimientos entre las 23:00 y las 6:00. El decreto de alarma ha limitado la libertad de circulación, pero no la libertad de empresa (cosa que sí hizo el decreto de alarma de marzo de 2020).

(32) Inicialmente, el «toque de queda» era una medida directamente aplicable. Tras la prórroga, también está queda en manos de las autoridades autonómicas.

(33) Violentando lo dispuesto en el artículo 7 de la LOAES, que admite que los presidentes de comunidades autónomas sean autoridad competente, por delegación del Gobierno, «cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una comunidad», lo que no es el caso. En un ejercicio de contorsionismo jurídico, el artículo 2 del decreto de alarma declara a la vez que la autoridad competente es el Gobierno, pero también los presidentes de las comunidades autónomas (y de los de las ciudades autónomas), como autoridades delegadas (ap. 3 del art. 2).

En tercer lugar (y esto es relevante), las medidas previstas en el decreto no son las únicas que pueden adoptar las comunidades autónomas para hacer frente a la pandemia. Durante la vigencia del estado de alarma, las autoridades sanitarias autonómicas pueden (y deben) seguir adoptando las medidas necesarias para afrontar la situación de emergencia sanitaria causada por el COVID-19 con arreglo a la legislación sanitaria (34). Estas medidas caen fuera del radio de acción del estado de alarma y, por ello, deben ser sometidas a autorización o ratificación judicial cuando impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales (35).

A partir de estas premisas, se impone esta conclusión: el decreto de estado de alarma no ampara jurídicamente las medidas de limitación del ejercicio de la libertad de empresa que han venido adoptando las comunidades autónomas desde el 25 de octubre de 2020, desde limitaciones de aforos y horarios hasta el cierre o suspensión de actividades. Esta auténtica selva de medidas (36) solo puede fundarse en la legislación sanitaria, tanto la básica estatal como la autonómica, y teniendo en cuenta las actuaciones coordinadas adoptadas en el CISNS que les sean vinculantes (37).

Sobre la constitucionalidad de las medidas dictadas al amparo de la legislación sanitaria ya me he pronunciado. Lo recuerdo: para mí, el cierre o suspensión general de actividades económicas lesiona el contenido esencial de la libertad de empresa. No sucede lo mismo con las limitaciones a su ejercicio (*v. gr.*, limitaciones de aforos o de horarios). En principio, en tanto sean medidas razonables y no impidan en la práctica el ejercicio de la libertad de empresa superan el test de constitucionalidad del TC.

Sucede que la legislación sanitaria básica eleva el estándar de protección de la libertad de empresa. Las medidas que la limiten no solo han de ser razonables (test de idoneidad), sino temporales, proporcionadas (38) (art. 28 LGS y 54 LGSP) y, más aún, deben estar presididas por el principio de intervención mínima: expresamente dispone el artículo 28 de la LGS que se deberán utilizar las medidas que

(34) Léase el párrafo tercero del apartado III del preámbulo del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre.

(35) Por el contrario, las medidas adoptadas bajo la cobertura jurídica del estado de alarma no requieren de esa autorización o ratificación judicial (véase el art. 2.3 del decreto de alarma).

(36) Invito al lector a meterse en el Código COVID de las Autonomías del BOE. Una vez metido en él, estoy convencido de que se perderá en él, como me he perdido yo.

(37) El 22 de octubre de 2020 (tres días antes de la declaración del estado de alarma), el CISNS aprobó un documento titulado «Actuaciones de respuesta coordinada para el control de la transmisión de COVID-19», que fue actualizado el 26 de marzo de 2021. Es una suerte de hoja de ruta para las comunidades autónomas. Se establecen distintos niveles de alerta a los que corresponden determinadas actuaciones proporcionadas a cada nivel, aunque se deja a las autoridades autonómicas libertad para adoptar las medidas complementarias que se consideren adecuadas. Sobre esta hoja de ruta han operado las comunidades autónomas para, por ejemplo, introducir limitaciones a las actividades de hostelería y restauración, aunque casi todas han ido más allá. Por cierto, el documento prevé el cierre del ocio nocturno en todos los niveles de alerta.

(38) Que sea la proporcionalidad a la que se refieren las leyes estatales básicas está por dilucidar. El principio del *favor libertatis* aboga por entenderla en sentido amplio, como comprensiva del triple test del principio de proporcionalidad, entendido en sentido amplio. Este triple test es el que impone, por ejemplo, el artículo 5 de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado, según la interpretación que de él ha hecho el TC (STC 89/2017, FJ 9). Y es que el TC no impide al legislador mejorar el estándar de protección de la libertad de empresa (véase la STC 111/2017, FJ 4). En fin, la Ley de Salud de Galicia apuesta también por el triple test (véase el art. 38 ter.3).

menos perjudiquen a la libertad de empresa. Hago este recordatorio elemental frente a la tentación (al parecer irresistible), de ir reduciendo horarios hasta llegar al cierre de actividades a poco que se vayan poniendo feas las cosas. Estas medidas no pueden imponerse «hasta nuevo aviso», esto es, sin fijación de un plazo determinado. Tampoco pueden adoptarse sin más por simple precaución, al superarse determinados niveles de contagio. La justificación ha de ser mayor, lo exige nuestra legislación.

Me pregunto, por último (39), si las autoridades sanitarias deben someter a autorización o ratificación judicial las medidas sanitarias que impliquen limitación o restricción de la libertad de empresa, tanto si son individuales (art. 8.6 LJCA) como si son generales, esto es, cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente (arts. 10.8 y 11.1 LJCA). Pienso, no ya en los cierres generales de actividades económicas (ya sabe el lector lo que pienso de ellos) sino, por ejemplo, en los «bailes» de limitaciones horarias en la hostelería y restauración que hemos vivido y seguimos viviendo, tantos como comunidades autónomas tenemos. Mi respuesta es esta: si la libertad de empresa es un derecho fundamental (y lo es), toda limitación o restricción de la misma que acuerden las autoridades sanitarias por considerarla urgente y necesaria para la salud pública debe ser autorizada o ratificada judicialmente.

Pero predico en el desierto. No parece que las autoridades sanitarias hayan hecho cola en los tribunales para solicitar la autorización o ratificación judicial no solo de las restricciones horarias, sino incluso de los cierres generales de actividad. Tampoco los órganos judiciales se han sentido llamados a pronunciarse sobre ellas. Creo que, ni para nuestras autoridades sanitarias, ni para nuestros órganos judiciales, la libertad de empresa es un derecho fundamental (40).

IV. BREVES APUNTES A MODO DE EPÍLOGO

1. La libertad de empresa ha sido tradicionalmente un derecho fundamental débil, en la interpretación que de ella ha hecho el TC: cualquier limitación a la misma que fuera razonable pasaba con éxito el filtro de la constitucionalidad. En la

(39) Podría seguir preguntándome cosas, pero no hay espacio para ello. Por ejemplo, si son indemnizables los daños causados a los empresarios por, cuanto menos, las suspensiones de su actividad económica: la general en el sector servicios que se produjo en el primer estado de alarma; o las que, por ejemplo, lleva soportando el ocio nocturno en la nueva normalidad e, intermitentemente, la hostelería y la restauración. Sobre esta cuestión, véanse las posiciones diferentes de Doménech [DOMÉNECH PASCUAL, G., «Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del Covid-19», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87, 2020], y Nieto [NIETO GARRIDO, E., «La indemnización por daños y perjuicios causados por las medidas adoptadas durante el estado de alarma», *Almacén del Derecho*, <https://almacenederecho.org/>, septiembre 15, 2020].

(40) Cosa bien distinta es la pertinencia y el sentido de someter a autorización o ratificación judicial medidas sanitarias generales que restringen derechos fundamentales, asunto en el que –desgraciadamente– tampoco puedo detenerme. Véase, en todo caso, la crítica al respecto de Baño León, que comparto en lo sustancial [BAÑO LEÓN, J. M., «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria», *REDA*, núm. 209, 2020]. Véase también ÁLVAREZ GARCÍA, V., 2020, *el año de la pandemia de la COVID-19*, Iustel, Madrid, 2020, pp. 116-120.

jurisprudencia más reciente ha pasado a ser también un derecho exótico: tiene dos cánones de control del respeto a su contenido esencial, según que la limitación afecte al «acceso» al mercado o a su «ejercicio» en el mercado. Además, en ninguno de esos cánones se aplica el principio de proporcionalidad en su totalidad (no sé por qué). En fin, y más recientemente, el debilísimo canon de control de las limitaciones a su «ejercicio» parece fortalecerse con un test propio de la teoría absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales.

Me gustaría ver más claridad en el TC en relación con la libertad de empresa. Si es un derecho fundamental, debe ser tratado como los demás. Yo sí tengo claro que la libertad de empresa es un derecho fundamental como los demás, solo que a su manera (todos los derechos fundamentales lo son «a su manera»): a su manera, porque las razones para limitarla son mayores que en otros derechos fundamentales; como los demás, porque el método de control de constitucionalidad de sus limitaciones debe ser el mismo que el de los demás derechos fundamentales. No puede haber un canon de control especial para la libertad de empresa y, mucho menos, dos.

2. Sostengo que el decreto de estado de alarma de 14 de marzo de 2020, en su artículo 10, impidió en la práctica el ejercicio de la actividad económica en buena parte del sector servicios de nuestra economía, el más importante cuantitativamente de nuestra economía. Se lesionó el contenido esencial de la libertad de empresa. Sostengo también que, en situaciones de emergencia sanitaria, las leyes sanitarias básicas no pueden habilitar para suspender con alcance general el ejercicio de la libertad de empresa en ningún sector de la economía. Sostengo, en fin, que esas leyes no habilitan para limitar el ejercicio de la libertad de empresa sin una justificación rigurosa.

Lo que sostengo es consecuencia de mi interpretación de la jurisprudencia reciente del TC y de la legislación sanitaria. Ahora bien, nuestro Alto Tribunal tendrá ocasión de aclararnos qué es lo que piensa al respecto al enfrentarse al escrutinio del citado artículo 10 de la declaración de estado de alarma de 14 de marzo de 2020. Contra este precepto y otros de ese mismo decreto (entre ellos, el famoso artículo 7) hay pendiente de resolución un recurso de inconstitucionalidad. Espero su respuesta, pero me permito sugerirle que no retuerza en exceso el Derecho para salvar la constitucionalidad del decreto. Es preferible una declaración de inconstitucionalidad sin nulidad o con nulidad no retroactiva (otras veces lo ha hecho el TC) que una interpretación de la CE retorcida que salve a toda costa la constitucionalidad del decreto, porque esa interpretación habrá llegado para quedarse(41).

(41) Una vez corregidas las pruebas de este trabajo, se ha publicado la sentencia del Tribunal Constitucional que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por VOX contra determinados artículos del decreto de estado de alarma (Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo) y su modificación (Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo), entre ellos, el artículo 10. En la sentencia (de 14 de julio de 2021), el TC declara que no son inconstitucionales las medidas que suspenden la apertura al público de locales y establecimientos comerciales (ap. 1), como de determinados equipamientos culturales o destinados a actividades recreativas (ap. 3), así como las que suspenden las actividades de hostelería y restauración (ap. 4).

La declaración parte de una premisa general, para todos los derechos fundamentales (FJ 3): la distinción, dentro del concepto genérico de limitaciones, de tres grupos: limitaciones ordinarias, esto es, limitaciones al régimen ordinario de ejercicio de los derechos fundamentales, limitaciones extraordinarias y suspensiones. Las primeras están sujetas al límite del respeto al contenido esencial ex art 53.1 CE. Las segundas, las que se pueden adoptar en el estado de alarma, pueden ir más allá de ese límite, pero no pueden suponer una suspensión del derecho fundamental. Las terceras suponen una

3. No pretendo anteponer economía a salud, ni pretendo dudar de la razonabilidad de las medidas que las autoridades sanitarias están adoptando para hacer frente a la pandemia. Acaso, como ciudadano, me inquieta la disparidad de respuestas en las diferentes comunidades autónomas; cosa, por otra parte, esperable, dado que desde el 21 de junio de 2020 se ha hecho recaer sobre ellas la responsabilidad de gestionar esta terrible pandemia.

Pero soy jurista, más precisamente, constitucionalista. Y, en mi calidad de tal, me niego a intentar estirar como un chicle el Derecho, para hacerle decir lo que, para mí, de ninguna manera dice (o debe decir). Corremos el riesgo de que, en aras de la salud pública, erigida en *lex suprema*, acabemos legitimando medidas que dejen irreconocibles los derechos fundamentales. El Derecho es dúctil, pero no debe ser maleable. No quiero que se rinda en su inexcusable función de límite al poder. Prefiero, por ello, decir, que el edificio del Derecho ha hecho aguas con la pandemia (no se culpe a nadie) y que es preciso repararlo. Ya estamos tardando.

BIBLIOGRAFÍA (42)

ÁLVAREZ GARCÍA, V., 2020, *el año de la pandemia de la COVID-19*, Iustel, Madrid, 2020.
BAÑO LEÓN, J. M., «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria», *REDA*, núm. 209, 2020.

cesación temporal del ejercicio del derecho (y de las garantías que protegen los derechos fundamentales) y solo pueden adoptarse en los estados de excepción y de sitio.

Así las cosas, las limitaciones extraordinarias que se pueden adoptar en el estado de alarma ocupan un espacio intermedio entre la limitación ordinaria y la suspensión del derecho fundamental. La constitucionalidad de las mismas depende de que no superen ciertos límites, uno genérico y dos específicos. El límite genérico: que no supongan una suspensión del derecho fundamental. Los límites específicos: por un lado, que encuentren cobertura en la LOAES (principio de legalidad); por otro lado, que sean proporcionadas, en el triple sentido de idóneas, necesarias y proporcionadas en sentido estricto.

Con este triple test escruta el TC las medidas del citado artículo 10 (FJ 9). En lo que hace al límite genérico, el TC llega a la conclusión de que las medidas suponen una limitación muy intensa de la libertad de empresa en los sectores afectados, pero no una suspensión, porque esta no fue general, sino limitada a ciertos ámbitos de la actividad económica (locales y establecimientos minoristas y actividades de hostelería y restauración). En lo que hace a los límites específicos, el TC encuentra su cobertura básicamente en la remisión que el art. 12.1 LOAES hace a la legislación sanitaria básica [arts. 26.1 LGS y 54.2, c) y d) LGSP]. Además, considera que fueron medidas idóneas y necesarias para frenar la expansión de la pandemia y revertir sus daños.

Esta declaración del TC bien merece otro trabajo específico. Me limito aquí a decir que discrepo de ella. Discrepo de la premisa general, desde la que crea una nueva categoría de limitaciones de los derechos fundamentales, las extraordinarias del estado de alarma, capaz de sortear la regla de respeto al contenido esencial. Discrepo también del escrutinio que hace del art. 10: para el TC, una suspensión que afecta a sectores que suponen el 70% del PIB de nuestro país es una limitación intensa, no una suspensión de la libertad de empresa. Según entiendo, para el TC solo será suspensión la que afecte a toda la actividad económica del país. En fin, no tengo claro cuál es la posición del TC respecto de la suspensión del ejercicio de actividades o el cierre de empresas según se adopten en estado de alarma o en tiempos de normalidad, al amparo de la legislación sanitaria. Una suspensión de actividades en tiempos de normalidad ¿está sujeta a la regla de respeto al contenido esencia de la libertad de empresa? ¿Se vulnera la libertad de empresa cuando se adopta con carácter general, esto es, para una pluralidad indeterminada de personas?

(42) Se incluye solo la bibliografía expresamente citada, no, obviamente, toda la bibliografía leída (que es mucha).

- CIDONCHA MARTÍN, A., *La libertad de empresa*, Thomson/Civitas-IEE, Cizur Menor, 2006.
- «Algunas ideas a propósito del famoso artículo 7 del decreto de declaración de estado de alarma», en VV. AA., *20 reflexiones jurídicas en tiempo de confinamiento. Liber Amicorum en homenaje a Cristina Izquierdo Sans*, autoedición, 2020.
 - «Coronavirus y libertad de empresa», en Biglino Campos, P. y Durán Alba, J. F. (dirs.), *Los efectos horizontales de la COVID-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Colección obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., «Responsabilidad patrimonial del Estado por la gestión de la crisis del COVID-19», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87, 2020.
- GUERRERO VÁZQUEZ, P., «Estado de alarma sanitaria y medidas limitativas de la actividad económica», en Garrido López, C. (coord.), *Excepcionalidad y derecho: el Estado de Alarma en España*, Colección Obras Colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.
- NIETO GARRIDO, E., «La indemnización por daños y perjuicios causados por las medidas adoptadas durante el estado de alarma», *Almacén del Derecho*, <https://almacenderecho.org/>, septiembre 15, 2020.
- VELASCO CABALLERO, F., «El Tribunal Superior de Justicia de Madrid no ratifica los confinamientos por falta de autorización legal», entrada de 8 de octubre de 2020 de su *blog*.

**SEGUNDA PARTE:
LAS NORMAS DE LA PANDEMIA
Y SU CUMPLIMIENTO**

FUENTES DEL DERECHO

Alejandro HUERGO LORA*

Resumen

El trabajo aborda la producción normativa durante la pandemia de COVID-19. Se centra en las distintas vías jurídicas que han sido utilizadas para aprobar las normas que se están aplicando durante la pandemia. Esas vías son el estado de alarma, la legislación sanitaria y los Decretos-leyes. El artículo estudia hasta qué punto son intercambiables, el ámbito de las normas que se pueden aprobar a través de la legislación sanitaria y la intervención de los jueces para autorizar o ratificar esas medidas.

Palabras clave

COVID-19 – legislación – decreto-ley – autorización judicial.

Abstract

The work addresses normative production during the COVID-19 pandemic. It focuses on the different legal paths that have been used to approve the regulations that are being applied during the pandemic. These routes are the state of alarm, health legislation and Decree-laws. The article studies to what extent they are interchangeable, the scope of the rules that can be approved through health legislation and the intervention of judges to authorize or ratify these measures.

Keywords

COVID-19 – legislation – decree-law – judicial authorization.

* Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo. Dirección de correo electrónico: ahuergo@uniovi.es.

SUMARIO. I. Introducción. II. Aprobación de normas durante la pandemia: Tres pilares parcialmente intercambiables. 1. El primer pilar: la declaración del estado de alarma. A. Normas cuya base jurídica es la declaración del estado de alarma. B. La borrosa distinción entre normas y actos bajo la común denominación de «medidas». 2. El segundo pilar: las disposiciones adoptadas por las comunidades autónomas en virtud de la legislación sanitaria. A. Extensión de las habilitaciones contenidas en la legislación sanitaria. B. Los problemas derivados de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas en virtud de la legislación sanitaria. 3. El tercer pilar: los Decretos-leyes. A. El Decreto-ley, ¿sustituye o hace innecesario el estado de alarma? B. Consecuencias del creciente recurso a los Decretos-leyes. III. Algunas reflexiones hacia el futuro. IV. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

NO voy a realizar, ni estaría en condiciones de hacerlo, un análisis detallado de las normas que se han aprobado durante la pandemia, que cuando se cierra este trabajo (7 de mayo de 2021) no puede darse por concluida, sobre todo desde el punto de vista jurídico. Ni tengo el tiempo para realizar esta tarea hercúlea (tendría que contar, además, con la normativa autonómica), ni el espacio a disposición permite abordarla, ni puede emitirse un juicio cuando nos encontramos todavía dentro del fenómeno a estudiar. En todo caso, se han publicado excelentes análisis (1). Mi propósito es solo subrayar algunas notas especialmente destacadas y tratar de saber qué nos dicen sobre el estado de nuestro sistema de fuentes y su futuro inmediato.

II. APROBACIÓN DE NORMAS DURANTE LA PANDEMIA: TRES PILARES PARCIALMENTE INTERCAMBIABLES

La producción normativa durante la pandemia se caracteriza por una compleja estructura formada por tres pilares.

(1) Sin voluntad ni capacidad de ser exhaustivo, y ciñéndome a análisis generales, destacaré los contenidos en el número especial de *El Cronista* (núms. 86-87, *in totum*), BLANQUER CRIADO, D. (Dir.), *COVID-19 y Derecho público*, Valencia, 2020 (en especial el artículo de SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Notas sobre el ejercicio de las potestades normativas en tiempos de pandemia», pp. 207-239); ALVAREZ GARCÍA, V./ARIAS APARICIO, F./HERNÁNDEZ DÍEZ, E., *Lecciones jurídicas para la lucha contra una pandemia*, Madrid, 2020; y ya en un momento posterior y con más perspectiva, MUÑOZ MACHADO, S., *El poder y la peste de 2020*, Madrid, 2021, y ALVAREZ GARCÍA, V., *El año de la pandemia de COVID 19*, Madrid, 2020. Los *blogs* han sido una gran fuente de conocimiento y reflexión, pudiendo destacar trabajos como el de. BAÑO LEÓN, J. M.³, «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria» (29 de octubre de 2020), <https://almacenederecho.org/confusion-regulatoria-en-la-crisis-sanitaria>, o las múltiples aportaciones en el *blog* de VELASCO CABALLERO, F., De entre los trabajos sectoriales, destaco el relativo a las sanciones de CANO CAMPOS, T., «Las sanciones en el estado de alarma», REBOLLO PUIG, M./HUERGO LORA, A./GUILLÉN CARAMÉS, J./CANO CAMPOS, T. (Dir.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador* (2021), pp. 789-824.

1. EL PRIMER PILAR: LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA

A. Normas cuya base jurídica es la declaración del estado de alarma

El primero de estos grupos normativos es el formado por las normas aprobadas en virtud de la declaración, en tres momentos diferentes, del estado de alarma. Si dejamos a un lado el estado de alarma limitado territorialmente a nueve municipios de la Comunidad de Madrid (Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre), que tuvo un ámbito temporal y unos efectos bastante reducidos (sin perjuicio de su importancia en el debate político), los estados de alarma declarados por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo (que duró desde el 14 de marzo hasta las cero horas del día 21 de junio de 2020) y por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre (que dura desde el 25 de octubre de 2020 hasta las cero horas del 9 de mayo de 2021), este último a punto de decaer cuando se escriben estas líneas, constituyen la base jurídica de numerosas disposiciones que, adoptadas mayoritariamente bajo la forma de Orden Ministerial, tienen su fundamento jurídico en dicha situación de estado de alarma, citando expresamente como su fundamento al Real Decreto que declaraba dicha situación. En el segundo de estos periodos, se da la circunstancia de que la mayoría de las disposiciones aprobadas en uso de los poderes extraordinarios del estado de alarma lo han sido por los presidentes de las comunidades autónomas, a los que el Real Decreto habilitaba para tomar determinadas medidas como el toque de queda, los cierres perimetrales o la limitación del derecho de reunión.

Aunque el debate sobre el estado de alarma ha quedado bastante superado por las circunstancias, sí me parece digno de mención que entre nosotros se ha considerado por muchos que es más garantista acudir a las instituciones que prevén poderes de excepción (así, sería mejor el estado de alarma que la aplicación de la legislación sanitaria por las comunidades autónomas, y mejor el estado de excepción que el estado de alarma, si es que se trataba de imponer un confinamiento domiciliario), mientras que en la mayoría de países de nuestro entorno no se ha utilizado ninguno de los instrumentos similares a nuestro estado de alarma, y en Alemania se observa incluso cierta satisfacción en haber gestionado esta situación sin haber tenido que usar los poderes excepcionales, que se ven (no sin razón) como una merma de garantías y no precisamente como instituciones garantistas.

Las medidas adoptadas en virtud de la declaración del estado de alarma han aparecido separadas del resto, en suplementos del BOE y de los boletines autonómicos, aunque no parece que ello esté exigido por norma alguna (2).

Junto a las disposiciones aprobadas haciendo uso, directamente, de los poderes concedidos por el estado de alarma, también hay que notar que numerosas normas aprobadas al margen del mismo, en lo que llamaré tercer pilar de la normativa especial (normalmente mediante Real Decreto-ley), toman al estado de alarma como ámbito temporal de vigencia. Esto ha llevado a que, cuando estaban a punto

(2) Se han vivido fenómenos muy llamativos, como el hecho de que normas que habían sido aprobadas en un Consejo de Ministros y explicadas a la población, y que debían entrar en vigor al día siguiente (lo que exigía importantes medidas de adaptación a empresas y Administraciones Públicas), demoraban su publicación hasta instantes antes de su entrada en vigor, lo que con toda evidencia obedecía a que aún se estaba perfilando su redacción, a pesar de haber transcurrido horas desde la finalización de la reunión del Consejo de Ministros.

de terminar los efectos del estado de alarma, se aprobasen nuevas normas (de nuevo mediante Real Decreto-ley) para prorrogar la vigencia de las anteriores, independiéndola del estado de alarma(3).

B. La borrosa distinción entre normas y actos bajo la común denominación de «medidas»

Como ha subrayado Baño León, bajo el término «medidas» que utiliza el artículo 3 de la LO 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, pueden utilizarse distintos instrumentos jurídicos: «Habrà medidas que requieran un acto general, otras un reglamento provisional, otras, actuaciones meramente técnicas o materiales. Lo que exija la situación de necesidad»(4). Lo cierto es que, más allá de que quepan ambos instrumentos (norma y acto), en la práctica la distinción ha perdido nitidez y en la mayoría de los casos se ha renunciado a apurar la calificación de las medidas aprobadas al amparo del estado de alarma o de la legislación sanitaria (o de ambas a la vez, como ha ocurrido con el último estado de alarma, que ha servido, como veremos en un momento, para dotar de cobertura jurídica a aquellas medidas para las que la legislación sanitaria no prestaría fundamento suficiente).

No se respeta, precisamente por razones de urgencia, el procedimiento de elaboración de reglamentos. Además, con frecuencia se incluye, en la publicación de las medidas, el pide de recursos, que es propio de los actos administrativos y no de los reglamentos (aunque a la vez se publican siempre en el apartado de «disposiciones generales» de los boletines). Por su contenido, en muchas ocasiones nos encontramos con reglas generales y abstractas, como las que prohíben determinados movimientos o imponen limitaciones de aforo para la realización de determinadas actividades. Su contenido es similar al de cualquier reglamento. Por ejemplo, la norma que obliga a usar mascarillas (ahora, artículo 6 de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19) no es distinta de otras similares que aparecen en disposiciones que se aplican durante la vigencia del estado de alarma. Puede inducir a cierta confusión el hecho de que son medidas con un ámbito temporal de aplicación limitado y, en ocasiones, muy corto (por ejemplo, los cierres perimetrales por dos semanas), pero muchas otras normas tienen un ámbito de aplicación limitado de antemano.

El TC ha despejado estas dudas en su sentencia 83/2016, relativa al estado de alarma declarado en 2010 ante el cese de actividad de los controladores aéreos, al decir que «[l]a decisión gubernamental por la que se declara el estado de alarma no se limita a constatar el presupuesto de hecho habilitante de la declaración de dicho

(3) Por ejemplo, Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2: «se hace necesario y urgente prorrogar la eficacia temporal de algunas de estas medidas mientras subsistan los efectos negativos de la pandemia, con independencia del fin de la vigencia del estado de alarma».

(4) «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria» (29 de octubre de 2020), <https://almacendederecho.org/confusion-regulatoria-en-la-crisis-sanitaria>.

estado, esto es, la concurrencia de alguna o algunas de las situaciones o «alteraciones graves de la normalidad» previstas en la de la Ley Orgánica 4/1981 (art. 4) que pueden dar lugar a la proclamación del estado de emergencia, ni se limita tampoco a la mera la declaración de éste. La decisión gubernamental *tiene además un carácter normativo, en cuanto establece el concreto estatuto jurídico del estado que se declara*. En otras palabras, dispone la legalidad aplicable durante su vigencia, *constituyendo también fuente de habilitación de disposiciones y actos administrativos*. La decisión gubernamental viene así a integrar en cada caso, sumándose a la Constitución y a la Ley Orgánica 4/1981, el sistema de fuentes del derecho de excepción, al complementar el derecho de excepción de aplicación en el concreto estado declarado». Por lo tanto, la «fuerza de ley» del Real Decreto por el que se declara el estado de alarma no sirve solo para justificar que no se pueda recurrir en vía contencioso-administrativa, sino tiene un trasfondo material normativo, que, como estamos viendo, se traslada a muchas de las disposiciones dictadas a su amparo. Otra cosa es la concreta relevancia práctica de esta calificación, que en todo caso debería permitir, por ejemplo, el planteamiento de recursos indirectos en cualquier impugnación de los actos dictados a su amparo.

2. EL SEGUNDO PILAR: LAS DISPOSICIONES ADOPTADAS POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN VIRTUD DE LA LEGISLACIÓN SANITARIA

A. Extensión de las habilitaciones contenidas en la legislación sanitaria

El segundo pilar es el de las disposiciones adoptadas por las comunidades autónomas en virtud de la «legislación sanitaria», es decir, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública(5). La duda más importante que se ha planteado –y que en estos momentos parece que tendrá que resolver en pocos días la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, después de la llamativa y cuestionable reforma de recurso de casación operada por el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo– es si la habilitación contenida en el artículo 3 de la LO 3/1986 incluye medidas restrictivas de derechos fundamentales tan intensas como el toque de queda o los cierres perimetrales(6).

Se ha presentado con frecuencia la cuestión de forma distorsionada, omitiendo el inciso final del artículo 3 [«la autoridad sanitaria (...) podrá adoptar las medi-

(5) Es necesario añadir la legislación autonómica, pero lo cierto es que las habilitaciones más importantes son las de la LO 3/1986 y las comunidades autónomas, al no poder aprobar Leyes orgánicas ni regular materias reservadas a Ley orgánica, se ven obligadas reproducir los preceptos de aquella y pasar de puntillas o explicitar contenidos implícitos de la misma, por lo que su aportación es menos aparente que real.

(6) El artículo 3 dispone: «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*».

das (...) que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible»]. Esta omisión permite llegar fácilmente a la conclusión de que el artículo 3 solo habilita a las autoridades sanitarias para adoptar medidas respecto a personas infectadas y a quienes hayan estado en contacto con ellas, pero no, en cambio, medidas preventivas de alcance general como las ya mencionadas. Creo que el último inciso es lo suficientemente amplio como para desmentir que esta legislación se pueda aplicar únicamente a los contagiados y sus contactos. Además, no tendría ningún sentido que una Ley prevista para una situación de necesidad, de grave peligro para la salud pública, y que requiere respuestas rápidas, introdujese una distinción tan específica (medidas respecto a los contagiados y a su entorno inmediato, sí; medidas que afecten a la población en general, no), cuando lo cierto es que la realidad muestra que existen situaciones epidémicas muy diferentes. A veces, el virus es muy letal pero relativamente poco contagioso (ébola), mientras que, en el caso del COVID-19, sucede justo lo contrario, lo que reclama una actuación que se adecue a las distintas circunstancias. Todo ello sin perjuicio de que, como es obvio, haber reformado la legislación a la vista de las concretas necesidades que la pandemia ha creado habría sido mejor y hubiera despejado muchas dudas.

Lo que ha sucedido en la interpretación de la legislación sanitaria es una versión particular del viejo principio de «intercambiabilidad de las técnicas administrativas», que en su momento estudió Villar Palasí (7). Gran parte de la doctrina, en especial constitucionalista, y una parte de la jurisprudencia, han rechazado aquí la aplicación de este principio, llegando a la conclusión de que, si el estado de alarma permite medidas de limitación de la movilidad (como los cierres perimetrales o el toque de queda), la legislación sanitaria no puede hacerlo. La idea sería que si la legislación sanitaria permite acordar toques de queda, ¿entonces para qué sirve el estado de alarma? Esas medidas estarían «reservadas» al estado de alarma. Se da un salto lógico desde la premisa de que el estado de alarma permite la adopción de esas medidas a la conclusión de que las mismas *solo pueden adoptarse* en el estado de alarma.

El viejo principio de intercambiabilidad de las técnicas administrativas impide llegar a esa conclusión. Es perfectamente posible (la práctica administrativa lo muestra diariamente) que una misma realidad se pueda abordar desde distintos títulos jurídicos o desde la aplicación de diferentes normas o grupos normativos. No siempre es necesario establecer calificaciones jurídicas únicas o excluyentes.

Lo que ha sucedido es que esas posiciones jurisprudenciales «torcieron la mano» al Gobierno en el otoño de 2020 y, ante las resistencias para aprobar medidas restrictivas de derechos fundamentales dictadas en virtud de la legislación sanitaria, le llevaron a la declaración del estado de alarma por Real Decreto 926/2020, que es muy diferente al primero, no solo porque el protagonismo casi exclusivo en su aplicación corresponde a los presidentes autonómicos como autoridades competentes delegadas, sino también porque se trata de un estado de alarma «complementario» de las competencias que la legislación sanitaria atribuye a las comunidades autónomas, en el sentido de que serviría para completarlas, per-

(7) La referencia clásica es VILLAR PALASÍ, J. L., «Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político», *RAP*, 14 (1954), pp. 11-121: «Todas las técnicas de fomento son entre sí convertibles. En definitiva, implican una única finalidad que puede conseguirse mediante la aplicación de una serie de medios distintos» (p. 58).

mitiendo a aquéllas dictar aquellas medidas cuya cobertura en la LO 3/1986 ha sido cuestionada.

El problema que puede plantear esta vía de actuación (estado de alarma para complementar las competencias autonómicas) es que dificulta que, cuando decaiga el estado de alarma, se acepte con normalidad que las autoridades autonómicas puedan seguir haciendo, ahora con el único aval de la LO 3/1986, lo que hasta ese momento venían ordenando en virtud de la declaración del estado de alarma.

B. Los problemas derivados de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas en virtud de la legislación sanitaria

El recurso a la legislación sanitaria como fundamento jurídico de la adopción de medidas dirigidas a intentar impedir el contagio de COVID lleva aparejada la necesidad de obtener la autorización o ratificación judicial, habiéndose convertido esa intervención judicial preventiva en la principal nota distintiva de la utilización de esta vía jurídica. Resulta a mi juicio sorprendente cómo se ha llegado hasta aquí.

La legislación procesal contiene diversos preceptos que atribuyen a determinados órganos jurisdiccionales la competencia para autorizar a algunos órganos administrativos la realización de actuaciones concretas y específicas que afectan a derechos fundamentales que, de acuerdo con la Constitución, están bajo la salvaguarda de los tribunales, de modo que la Administración no puede adoptar medidas que inciden directamente sobre ellos sin autorización judicial.

– Artículo 90.5 LOPJ: «Corresponde también a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo autorizar, mediante auto, la cesión de los datos que permitan la identificación a que se refiere el artículo 8.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, así como la ejecución material de las resoluciones adoptadas por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual para que se interrumpa la prestación de servicios de la sociedad de la información o para que se retiren contenidos que vulneran la propiedad intelectual, en aplicación de la citada Ley 34/2002 y del texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril». El artículo 8.2 de la Ley dice que el «requerimiento exigirá la previa autorización judicial de acuerdo con lo previsto en el apartado primero del artículo 122 bis de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa».

– Artículo 90.6 LOPJ: «Igualmente conocerán los Juzgados Centrales de lo Contencioso Administrativo del procedimiento previsto en el artículo 12 bis de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos». El procedimiento se denomina «declaración *judicial* de extinción de un partido político», por lo que está claro que la legislación sustantiva exige la autorización judicial.

– Artículo 90.7 LOPJ: «Corresponde a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo autorizar, mediante auto, el requerimiento de información por parte de la Agencia Española de Protección de Datos y otras autoridades administrativas independientes de ámbito estatal a los operadores que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público y de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, cuando ello sea necesario de acuerdo con la legislación específica». En la Ley Orgánica 3/2018 encontramos distintas normas

que exigen la autorización judicial en determinados casos (artículo 52, Disposición Adicional 5.ª, Disposición Adicional 15.ª).

– Artículo 91.2 LOPJ: «Corresponde también a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo autorizar, mediante auto, la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración, salvo que se trate de la ejecución de medidas de protección de menores acordadas por la Entidad Pública competente en la materia» (tal como recoge el artículo 8.6 LJCA). Aquí la norma sustantiva que exige autorización judicial para la entrada en domicilio es el artículo 100.3 de la Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (y normas concordantes).

La necesidad de que los jueces autoricen previamente determinadas decisiones administrativas tomadas en el ámbito sanitario, debido a su especial incidencia sobre la dignidad e integridad del paciente, aparece, por ejemplo, en el artículo 21.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (para el supuesto de un alta no aceptada por el paciente) (8). Incluso en ausencia de una norma concreta que prevea tal intervención judicial, se ha recabado la misma en situaciones tales como la alimentación forzosa de presos en huelga de hambre (STC 120/1990 y 11/1991) o incluso las autorizaciones para interrumpir el tratamiento médico y dejar morir a personas en situación irreversible (antes de la aprobación de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo).

En el caso que ahora nos ocupa, la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial añadió al entonces artículo 8.5 de la LJCA (ahora es el 8.6), que regula las competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, el siguiente inciso: «Asimismo, 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».

La Ley 3/2020, de 18 de septiembre, modifica esta regulación que queda dividida en tres partes:

– Artículo 10.8 LJCA (nuevo): «Conocerán [las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ] de la autorización o ratificación judicial de las medidas *adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria* que las autoridades sanitarias *de ámbito distinto al estatal* consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales *cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente*».

– Para las posibles medidas adoptadas por autoridades sanitarias estatales, el artículo 11.1.i) (añadido), atribuye a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional la competencia para conocer en única instancia «[d]e la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que la autoridad sanitaria *estatal* considere urgentes y necesarias

(8) «En el caso de que el paciente no acepte el alta, la dirección del centro, previa comprobación del informe clínico correspondiente oirá al paciente y, si persiste en su negativa, lo pondrá en conocimiento del juez para que confirme o revoque la decisión».

para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales, cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente».

– La nueva redacción del artículo 8.6, que dice: «Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas *adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria* que las autoridades sanitarias [sin distinguir estatales o no estatales] consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales *cuando dichas medidas estén plasmadas en actos administrativos singulares que afecten únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada*».

Desde mi punto de vista, la regulación original y su reforma suscitan estos comentarios:

– La legislación procesal debe establecer qué órgano es competente para resolver cada proceso, pero deberían ser normas sustantivas las que establezcan cuándo es necesaria una determinada intervención judicial. Esta regla suele cumplirse (hemos visto algunos ejemplos), pero, en el caso de las medidas de protección de la salud pública, es solo la LJCA la que establece cuándo se necesita autorización/ratificación judicial, y lo hace en términos genéricos. La redacción original hablaba de «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». Hubiera sido preferible que la legislación sustantiva (la legislación sanitaria) estableciera en qué supuestos estas medidas necesitan autorización judicial.

– Esta intervención judicial, al referirse a medidas de protección de la «salud pública», es diferente de los casos que hemos examinado en que se exige autorización judicial para intervenciones sobre el cuerpo de un ciudadano (derecho a morir dignamente, alimentación forzosa), que no se refieren a cuestiones de salud pública. En otros supuestos que han llegado al TC, como el de las pruebas biológicas de paternidad, la autorización judicial es imprescindible porque son pruebas admitidas en un proceso judicial (además de que, en esos casos, no se fuerza coactivamente al sujeto a someterse a la prueba de paternidad, sino que se extrae, en su caso, una determinada conclusión de su negativa a someterse a ella cuando ha sido admitida por el órgano judicial).

– No es exigible constitucionalmente que todas las medidas de protección de la salud pública que «impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental» estén condicionadas a la autorización o ratificación judicial. La Administración dicta constantemente actos y aprueba reglamentos que restringen «la libertad» (genéricamente considerada) o incluso derechos fundamentales concretos (empezando por el de propiedad) sin que estas actuaciones administrativas se encuentren sometidas a control judicial previo. La Constitución impone ciertas exigencias a estas intervenciones administrativas, sobre todo en cuanto a la habilitación normativa exigible, al grado de concreción que debe tener el marco normativo habilitante o a la exigencia de proporcionalidad en la intervención, pero no existe esa exigencia general de que cualquier medida administrativa que implique privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental requiera autorización o ratificación judicial. La Administración puede adoptar algunas de

estas medidas y no otras, pero, cuando puede hacerlo, la Constitución no exige que lo haga previa autorización judicial. El artículo 8.6 LJCA es, pues, una rareza en el ordenamiento.

– En todo caso, el hecho de que la LJCA diga expresamente que las autoridades sanitarias pueden, con autorización judicial, adoptar medidas en aplicación de la legislación sanitaria que limitan o restringen derechos fundamentales, sirve para refutar la tesis que dice que esas medidas sanitarias no pueden restringir derechos fundamentales porque ello estaría reservado al estado de alarma.

– Lo que sí es exigible, y así se viene entendiendo desde el inicio de la vigencia de la Constitución, es que las intervenciones que afectan directamente a la integridad física o corporal de un ciudadano (porque suponen una intervención física coactiva) cuenten con autorización judicial. Para lo que se exige autorización judicial es para la ejecución de la medida en caso de negativa o rechazo de su destinatario.

– La reforma de 2020 deja claro que esas medidas que necesitan autorización judicial pueden no referirse a personas concretas, sino a destinatarios generales y abstractos. Se cierra el paso, por tanto, a interpretar la norma de conformidad con la conclusión anterior.

– Además, la reforma de 2020, al concretar que la autorización judicial es necesaria cuando las medidas se adopten «con arreglo a la legislación sanitaria», parece querer excluir a las medidas que se adopten al margen de la misma, como las que se dicten en el marco de una situación de estado de alarma. El Real Decreto 926/2020, por el que se declaró por tercera vez el estado de alarma en la pandemia de COVID-19, en su artículo 2.3, dice expresamente que para las medidas que en él se prevén (toque de queda, cierres perimetrales, limitación del derecho de reunión y de culto) no «será de aplicación lo previsto en el segundo párrafo del artículo 8.6 y en el artículo 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa». Alguien podría preguntar si ello significa que la autorización era exigible cuando tales medidas (o más bien otras mucho más duras) se aplicaron en el marco del «primer» estado de alarma.

Está claro que esta intervención judicial no la exige la Constitución, porque no se trata de medidas administrativas cuya ejecución afecte a la integridad corporal de ningún ciudadano (como la alimentación forzosa, por ejemplo). Ahora bien, ¿se trata de una «mejora» de la tutela jurídica añadida por el legislador a los mínimos exigidos por la Constitución, o se está, directamente, vulnerando ésta por infracción del principio de separación de poderes? Eso es lo que tendrá que resolver el TC, que ya ha admitido una cuestión de inconstitucionalidad, formulada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Aragón, que apunta precisamente en esta dirección (9). Este es el marco constitucional (el artículo 117.4 CE) y no me parece que la regulación actual se ajuste al mismo, sino que, al contrario, resulta disfuncional y además está contribuyendo a que se generalice la equivocada

(9) «La renuncia, porque eso es lo que supone el artículo 10.8 de la LJCA, al privilegio de autotutela de la Administración, y que no necesariamente tiene que ser cuestionable *per se*, se hace por la vía de conferir simultáneamente a los tribunales una función de control previo que los introduce en el procedimiento de elaboración del acto o disposición administrativos y los convierte en Administración, lo cual sí cuestionamos por entenderlo incompatible con la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que le atribuye el artículo 117.3 y no se justifica por razón de la garantía de los derechos, conforme a lo que dispone el artículo 117.4».

conclusión de que la declaración del estado de alarma es necesaria para evitar que la adopción de medidas de prevención quede al albur de las resoluciones judiciales.

3. EL TERCER PILAR: LOS DECRETOS-LEYES

La pandemia ha sido la justificación de (hasta este momento) 42 Reales Decretos-leyes (34 en 2020 y 8 en 2021), mientras que en ese mismo periodo se han aprobado muchas menos Leyes y Leyes orgánicas. Las comunidades autónomas que disponen de esta potestad también la han utilizado con intensidad. Pero la pandemia solo ha agudizado tendencias ya iniciadas: España se ha convertido en «el país de los Decretos-leyes» por la extraordinaria frecuencia e intensidad con que se ha usado y se usa este instrumento normativo. Un instrumento que no existe, por ejemplo, en Alemania, y cuyo único modelo cercano es Italia. De nuevo vemos planteado el problema de la intercambiabilidad de técnicas, porque Decreto-ley y estado de alarma se solapan.

A. El Decreto-ley, ¿sustituye o hace innecesario el estado de alarma?

Cabe preguntarse si la previsión constitucional del Decreto-ley (artículo 86) no priva de buena parte de su utilidad al estado de alarma, como lo muestra el hecho de que en Italia las medidas excepcionales contra la pandemia se acordaron en virtud de Decretos-leyes.

De acuerdo con los artículos 55 y 116.2 CE y la Ley Orgánica 4/1981, en el estado de alarma no está permitida ninguna suspensión de derechos fundamentales. El artículo 1.1 de la LOAES dice que estos estados se declararán cuando fuese «imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes *ordinarios* de las Autoridades competentes». El modo normal en que se atribuyen poderes al Gobierno y a las Administraciones Públicas es a través de Leyes. El estado de alarma sirve para que el Gobierno pueda ejercer poderes que no le ha atribuido (todavía) ninguna Ley. Los que se enumeran en los artículos 11 y 12 no parece que sean exhaustivos. Fuera del estado de alarma quedan, por supuesto, las medidas que requieren la declaración de otros estados (de excepción o de sitio). El estado de alarma sirve, por tanto, para poder ejercer poderes extraordinarios, que no se han concedido al Gobierno por la legislación ordinaria.

Pues bien, el Real Decreto-ley cumple por sí solo una de las principales funciones del estado de alarma, es decir, la de habilitar al Gobierno para tomar determinadas medidas sin estar previamente habilitado a ello por las Leyes. Lo propio del estado de alarma (y de otras habilitaciones a órganos administrativos para actuar en situaciones de emergencia, como las de la LBRL) es que permite dictar actos o aprobar reglamentos *contra legem*, es decir, reglamentos cuyas previsiones, en otra situación, chocarían con preceptos legales o carecerían de la necesaria base legal para intervenir en materias sometidas a reserva de ley.

En el caso del estado de alarma (no de excepción o sitio), eso es aún más claro, porque, a diferencia de lo que ocurre en los estados de excepción y sitio, no está permitido adoptar medidas de suspensión de derechos fundamentales. Dicho de otro modo, casi todo lo que se puede hacer en el estado de alarma lo podría dispo-

ner una Ley. Por supuesto que existen otros efectos del estado de alarma (sobre todo competenciales), que el legislador no puede activar por sí mismo fuera de esa situación excepcional, pero, como digo, uno de los efectos principales del estado de alarma es habilitar al Gobierno para dictar normas no limitadas por la legislación previa.

Se tendrá que reconocer que, en un Estado cuya Constitución acoge el Decreto-ley con la amplitud con que lo hace el artículo 86, esa función habilitante pierde buena parte de su interés, porque el Gobierno ya dispone ordinariamente de un instrumento que le permite aprobar normas con rango de Ley, con el que puede despejar el obstáculo que para sus políticas pueda encontrar en normas preexistentes, y a la vez crear las bases jurídicas que necesite para las políticas que quiera aplicar.

B. Consecuencias del creciente recurso a los Decretos-leyes

El uso del Decreto-ley ha ido desbordándose. Por su número, porque es muy difícil creer que se cumpla en todos los casos el presupuesto habilitante («extraordinaria y urgente necesidad») y porque ha ido ocupándose prácticamente de cualquier materia salvo, en la práctica, de las que están reservadas a Ley orgánica.

El Decreto-ley es como los zumos o las bebidas azucaradas: libera energía de forma rápida, en comparación con la fruta entera u otros alimentos. El cuerpo se acostumbra a esa descarga rápida y puede abandonar alimentos más costosos de digerir, aunque estos últimos sean más saludables. Del mismo modo, el Decreto-ley permite conseguir, con facilidad y rapidez, efectos inmediatos sobre el ordenamiento jurídico. Lo curioso es que su presencia no solo parece afectar al comportamiento del Gobierno, que parece lógico que tienda a utilizarlo para conseguir esos efectos, sino también al de las Cortes, porque da la impresión de que la inmediatez del Decreto-ley las ha llevado a una forma de actuar cada vez más lenta. Como toda necesidad urgente puede atenderse mediante un Decreto-ley, no se utilizan los mecanismos que permiten legislar con rapidez en momentos en que es necesario. Y no se utilizan, probablemente, porque la lentitud o inactividad legislativa carece de consecuencias, porque cualquier necesidad normativa se puede cubrir mediante un Decreto-ley: solo la falta de convalidación de un Real Decreto-ley podría producir trastornos graves.

Por otra parte, la facilidad para aprobar Decretos-leyes hace que no sea necesario llevar al límite la potestad reglamentaria o forzar el ámbito de la reserva de Ley (como ocurre en otros sistemas cuando el Gobierno carece de mayoría parlamentaria).

Aunque el Decreto-ley está sometido a convalidación parlamentaria, en la práctica es mucho más fácil obtener esa convalidación (que además es solo del Congreso, marginándose al Senado) que partir de cero y conseguir la aprobación de una Ley. No hace falta decir que la aprobación de normas a través de Decretos-leyes es mucho más opaca que el procedimiento legislativo o el reglamentario, y más permeable a la presión de intereses sectoriales o de la burocracia ministerial. La declaración de inconstitucionalidad por infracción de los límites constituciona-

les del Decreto-ley, en los escasos casos en que se produce, suele carecer, por lo demás, de efectos prácticos(10).

III. ALGUNAS REFLEXIONES HACIA EL FUTURO

Es obvio que la pandemia ha supuesto la mayor emergencia, la mayor ruptura sobre la normalidad. Y ha puesto a prueba la capacidad de reacción de las instituciones, que no estaban preparadas para una situación de este tipo. Entre otras cosas, porque llevamos años en una situación anómala, con una grave crisis territorial en Cataluña, dos largos periodos de parálisis política (uno que abarcó casi todo el año 2016 y otro que duró buena parte del 2019) y un funcionamiento también irregular del sistema normativo que se está agudizando desde el 2018, y que se caracteriza por la obstrucción de las Cortes (que apenas aprueban Leyes) y el paso a primer plano de los Decretos-leyes, ahora no solo en el ámbito estatal sino también en el autonómico. En relación con esta crisis sanitaria ha habido imprevisión e improvisación no solo en el ámbito sanitario o logístico, sino también en el jurídico. Se ha tenido que recurrir a toda velocidad al botiquín y a los botes salvavidas y, o había menos material de lo previsto, o se encontraba en mal estado. En los últimos años ha habido varios avisos de una posible pandemia por un virus respiratorio, que no se aprovecharon para modernizar la legislación o, en todo caso, para tomar conciencia de cómo sería necesario aplicarla. Y también parece cierto que esta concreta crisis vino avisando desde principios de 2020, y que ese tiempo no se aprovechó debidamente. Los debates jurídicos se han tenido que afrontar en directo o a toro pasado y cuando ya se habían tomado decisiones que condicionaban las posiciones de los principales actores.

La crisis ha puesto de manifiesto dónde se encuentran los núcleos no solo de poder, sino también de reflexión. Las Cortes han tenido un papel reducidísimo y limitado a la crítica política y, en algunos casos, a la negociación de contrapartidas a las sucesivas prórrogas del estado de alarma. La decisión sobre el uso del estado de alarma y sobre su configuración ha sido una decisión estrictamente gubernamental, conversada después con los gobiernos autonómicos. Junto a ese eclipse parlamentario, ha ganado importancia, sobre todo después de los primeros momentos, la cooperación con los gobiernos autonómicos. Tampoco en esta ocasión ha sido el Senado el lugar de encuentro (la cámara de representación territorial) y el papel que cumple en sistemas federales como el alemán lo han desempeñado, si es que lo ha hecho alguien, esos centros de encuentro que son las conferencias sectoriales (en este caso el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud) y la

(10) Dos ejemplos recientes los encontramos en la sentencia 73/2017 (sobre la «amnistía fiscal» aprobada por la disposición adicional primera del Real Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, que, como era esperable, no afecta a las «situaciones jurídico-tributarias firmes» producidas al amparo de la norma declarada inconstitucional), en la sentencia 152/2017, que declara inconstitucional la normativa que, dentro del Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre, regulaba las consecuencias económicas de la extinción de la concesión de la instalación de almacenamiento subterráneo de gas «Castor», pero que tampoco ha tenido consecuencias porque la posterior sentencia del TS de 27 de octubre de 2020 (recurso 454/2018) declara la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Conferencia de Presidentes, aunque esta última ha quedado, en la práctica, muy desdibujada y no ha servido para la toma de decisiones.

La crisis también ha hecho visible, a mi juicio, hasta dónde llegan la descentralización y el federalismo en España. En los 40 años largos transcurridos desde la aprobación de la Constitución (ahora estamos más bien celebrando los 40 años de la aprobación de los estatutos de autonomía) las normas no han cambiado demasiado, pero sí la realidad, en unos territorios más que en otros. Se ha visto que la aplicación de una norma como la LOAES, que prevé la centralización del poder, requiere hoy muchas matizaciones y el resultado se parece poco a lo que dice su texto (pensemos en sus artículos 9 y 10). Como la pandemia es una situación de emergencia muy prolongada en el tiempo, y no un paréntesis de unos pocos días, el estado de alarma ha acompañado durante un periodo de tiempo largo el funcionamiento ordinario de la Administración, y las estructuras creadas durante estos 40 años y acostumbradas a actuar con gran autonomía (sin controles efectivos del cumplimiento de la legislación estatal, por ejemplo) no se someten con rapidez ni facilidad a la autoridad de un Estado que ya no dispone tampoco de una organización acostumbrada a ejercer esas funciones de mando. Es algo que, por otro lado, es transversal a los distintos partidos políticos, como ha habido ocasión de comprobar.

Tal vez pueda decirse que el Estado en España ya no va a ser jacobino o unitario (aunque este modelo tenga muchos simpatizantes), sino que, si se quiere que mejore y cumpla sus funciones, el camino no es hacerlo más unitario, sino mejorar el funcionamiento de las técnicas federales o al menos fuertemente descentralizadas. Para eso hace falta avanzar mucho, por ejemplo, en cooperación horizontal entre las comunidades autónomas y en una coordinación real desde el Estado (11).

Es necesario reconocer una vez más el peso del aforismo *big case, bad case*. Cuando lo que está en juego es demasiado importante, las consideraciones jurídicas pasan a un segundo plano, se adoptan las decisiones que los responsables ven más o menos inevitables y, dada la trascendencia que tendría su revisión o revocación, lo más probable es que sean dadas por buenas o convalidadas de un modo u otro. Esto es, más o menos, lo que ha estado pasando, entre otras cosas porque la envergadura de la crisis es muy superior a la de otras anteriores.

Se aplica una versión casera de la teoría de la relatividad. Figuras jurídicas que funcionan bien en el día a día y en dimensiones medias, dejan de aplicarse o lo hacen de manera desviada cuando la escala aumenta dramáticamente. Un ejemplo es el contraste entre los complejos procedimientos de contratación que impone la legislación europea (que tantas veces impiden atender necesidades públicas o llevan a resultados absolutamente disfuncionales), que a veces parece guiada por el principio *fiat ius et pereat mundus*, y el secretismo con el que se ha realizado por la propia Comisión Europea la contratación de las vacunas. Ya sé que existe una norma de excepción que lo permite, pero creo que pone en cuestión todo el sistema, porque no tiene demasiado sentido establecer una red muy estricta que solo retiene los peces pequeños y medianos y deja pasar a los más grandes.

En todo caso, el principio *big case, bad case* conduce normalmente a justificar decisiones que han tenido que tomarse sin tiempo para la reflexión. La pregunta es

(11) A algunas de estas cuestiones me he referido en mi trabajo «Las relaciones interterritoriales de coordinación y cooperación en el plano gubernamental. Especialmente, la Conferencia de Presidentes», en PUNSET BLANCO, R./TOLIVAR ALAS, L. (Coor.), Reus, Madrid, 2020, 123-141.

qué sucederá jurídicamente a partir de ahora. La discusión sobre la constitucionalidad de la declaración de los estados de alarma, o sobre la legalidad de las Órdenes aprobadas a su amparo, puede haber perdido, obviamente, una parte de su sentido cuando han dejado de producir efectos, pero está abierto y se va a abrir aún más un amplísimo frente de litigiosidad, sobre todo relacionado con las sanciones, la responsabilidad patrimonial y la contratación pública, en el que todavía podrían tener mucha importancia las declaraciones judiciales que se realicen por el Tribunal Constitucional sobre el estado de alarma, y por el Tribunal Supremo sobre las normas que se han aprobado durante su vigencia.

Es difícil saber, en definitiva, si la tendencia a dejar atrás esta etapa se extenderá al plano jurídico y los tribunales darán por bueno, en términos generales, lo que se ha hecho, de modo que la atención se dirija a la recuperación económica y a aprovechar del mejor modo posible las oportunidades generadas por los fondos europeos, o si viviremos uno de esos procesos que, como el de las cláusulas-suelo, dotan de protagonismo a tribunales y a abogados y generan una multitud de procesos judiciales exitosos y previsibles. La inoperancia que ha exhibido el legislador en los últimos años, por ejemplo para tapar huecos tan claros como el derivado de la inconstitucionalidad parcial del impuesto municipal de plusvalía no permite ser optimista.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El año de la pandemia de COVID-19*, Madrid, 2020.
- ALVAREZ GARCÍA, V./ARIAS APARICIO, F./HERNÁNDEZ DíEZ, E., *Lecciones jurídicas para la lucha contra una pandemia*, Madrid, 2020.
- BAÑO LEÓN, J. M.^a, *Confusión regulatoria en la crisis sanitaria*, 29 de octubre de 2020, <https://almacenederecho.org/confusion-regulatoria-en-la-crisis-sanitaria>, Velasco Caballero, F., de entre los trabajos sectoriales, destaco el relativo a las sanciones de CANO CAMPOS, T., «Las sanciones en el estado de alarma».
- BLANQUER CRIADO, D. (Dir.), *COVID-19 y Derecho público* (en especial el artículo de SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Notas sobre el ejercicio de las potestades normativas en tiempos de pandemia»), Valencia, 2020, pp. 207-239.
- MUÑOZ MACHADO, S., *El poder y la peste de 2020*, Madrid, 2021.
- PUNSET BLANCO, R./TOLIVAR ALAS, L. (Coof.), *Las relaciones interterritoriales de coordinación y cooperación en el plano gubernamental*, Reus, Madrid, 2020, pp. 123-141.
- REBOLLO PUIG, M./HUERGO LORA, A./GUILLÉN CARAMÉS, J./CANO CAMPOS, T. (Dir.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador*, 2021, pp. 789-824.
- VILLAR PALASÍ, J. L., «Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político», *RAP*, 14, 1954, pp. 11-121.

SOBRE LA EFICACIA DE LAS NORMAS DE EMERGENCIA

Liborio L. HIERRO*

Resumen

El objeto de este trabajo es ofrecer una reflexión teórica sobre la eficacia de las normas dictadas como consecuencia de la pandemia COVID-19. Ello requiere, en primer lugar, aclarar qué podemos entender por eficacia de las normas jurídicas y distinguir sus diferentes sentidos que reflejan diferentes dimensiones de esa eficacia. Requiere también, en segundo lugar, analizar las peculiaridades de estas normas, para lo cual se toma como un patrón de normalidad normativa el que propuso Lon L. Fuller bajo la denominación de «moralidad interna del derecho». A partir de ahí se hacen dos consideraciones: la primera sobre las anomalías que presentan las normas de emergencia y la segunda sobre la influencia que estas anomalías pueden tener sobre su eficacia o ineficacia. La conclusión es que una situación de excepcional emergencia como la que estamos sufriendo justifica aquellas anomalías y tiende a compensar su influencia negativa sobre la eficacia de estas normas con su influencia positiva sobre la misma.

Palabras clave

Normas jurídicas. Eficacia. Cumplimiento. Aplicación. Éxito. COVID-19.

Abstract

The purpose of this work is to offer a theoretical reflection on the efficacy of the regulations issued as a result of the COVID-19 pandemic. This requires, in the first place, clarifying what we can understand by the efficacy of legal norms and distinguishing their different meanings that reflect different dimensions of that efficacy. It also requires, secondly, to analyze the peculiarities of these norms, for which the standard of normative normality is taken as the one proposed by Lon L. Fuller under the name of «inner morality of law.» From there, two considerations are made: the first on the anomalies presented by the emergency regulations and the second on the influence that these anomalies may have on their

* Catedrático emérito de Filosofía del derecho. Universidad Autónoma de Madrid. (liborio.hierro@uam.es)

efficacy or inefficacy. The conclusion is that an exceptional emergency situation such as the one we are experiencing justifies those anomalies and tends to offset their negative influence on efficacy with its positive influence on it.

Keywords

Legal Rules. Efficacy. Compliance. Enforcement. Success. COVID-19.

SUMARIO. I. Introducción. II. Sobre la eficacia de las normas jurídicas: desambiguación. III. Sobre la anormalidad de las normas de emergencia. 3.1 Un patrón de normalidad normativa: Fuller, Hart y los «principios de legalidad». 3.2 Anormalidades de las normas reguladoras del estado de alarma. IV. Sobre la eficacia/cumplimiento de las normas reguladoras del estado de alarma. 4.1 La imposibilidad de la concordancia y la posibilidad del cumplimiento. 4.2 La probabilidad del respeto al orden jurídico y el respeto a la autoridad legítima y la improbabilidad de la adhesión como motivos del cumplimiento. 4.3 La obediencia por utilidad como motivo del cumplimiento: instancia y garantía. 4.4 El temor a la sanción y sus límites. V. Sobre la eficacia/aplicación de las normas reguladoras del estado de alarma. VI. Sobre la eficacia/éxito de las normas reguladoras del estado de alarma. VII. Conclusión: elecciones trágicas.

I. INTRODUCCIÓN

HACE ya mucho tiempo, en 1984, Roger Cotterrell –uno de los mejores sociólogos del derecho del siglo xx– subrayó su escepticismo sobre las investigaciones entonces denominadas bajo las siglas KOL (*Knowledge and Opinion about Law*) que habían puesto de moda Adam Podgórecki y algunos otros sociólogos en los años setenta del pasado siglo. Decía Cotterrell que «los estudios KOL fracasan con frecuencia al interrogarse por los procesos por los que se forman en las mentes de los ciudadanos individuales las actitudes sobre el Derecho, y por las conexiones entre niveles de conocimiento jurídico y motivaciones individuales... por ello no es probable que den más que vagas y generales insinuaciones sobre las probables pautas de conformidad con, o desviación del, Derecho» (1).

Durante el último año hemos vivido, prácticamente en todas las regiones del planeta, bajo normas jurídicas excepcionales nacidas de las exigencias de la pandemia del COVID-19. Al cabo de esos doce meses no disponemos, en cuanto se me alcanza, de estudios que ofrezcan conclusiones fundadas sobre las actitudes de los ciudadanos ante esas normas y sus motivaciones individuales para cumplirlas o incumplirlas. Parece que Cotterrell, cuatro décadas después, sigue teniendo razón y en consecuencia que no podemos hacer otra cosa, por cuanto se refiere a la efi-

(1) COTTERRELL, R., *Introducción a la Sociología del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 129.

cacia de esas normas excepcionales, que ofrecer más que vagas y generales insinuaciones.

Una reflexión sobre la eficacia de este tipo de normas excepcionales, nacidas en situaciones de emergencia, requiere, además, una previa aclaración de qué es lo que entendemos por eficacia. Los juristas tenemos una noción bastante precisa de lo que entendemos por validez de una norma jurídica; aun cuando sea objeto de debate cuál sea el fundamento último de esa validez, todos entendemos que una norma jurídica es válida cuando satisface todos los requisitos para formar parte de un ordenamiento jurídico y por ello tiene, en ese ordenamiento jurídico, la virtualidad de prohibir, obligar o permitir conductas o de regular la forma de establecer relaciones o instituciones con reconocimiento jurídico, así como de establecer sanciones para el caso de incumplimiento de las normas, ya se trate de la obligación de reparar o la de sufrir un castigo, o de la nulidad de la relación o institución establecida sin cumplir las normas aplicables. Los juristas compartimos también una noción de lo que entendemos por justicia de una norma jurídica; aun cuando sea objeto de debate cuál sea el criterio de justificación de una norma jurídica –si se trata de su origen en la voluntad de una autoridad legítima, o se trata de su contenido porque impone alguna especie de ley natural, porque fomenta el bien común o porque protege la vida, la libertad y la igualdad de las personas, o bien si se trata de una combinación de ambas cosas, su origen y su contenido– lo cierto es que todos entendemos que una norma jurídica justa es una norma jurídica moralmente correcta conforme a alguna valoración moral y una norma jurídica injusta es una norma moralmente incorrecta conforme a esa misma evaluación. Los juristas, sin embargo, no nos hemos ocupado mucho de la eficacia de las normas jurídicas (2) y creo que no compartimos una noción de lo que cabría entender por tal cosa como esa eficacia. Ello hace necesario proceder, en primer lugar, a lo que suele llamarse desambiguación.

II. SOBRE LA EFICACIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS: DESAMBIGUACIÓN

Un primer sentido en que los juristas hablamos de eficacia es, como es bien sabido, aquel que aparece en el Título Preliminar del Código Civil («De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia») por cuanto se refiere a las normas, o en el Capítulo II del Título III de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, por cuanto se refiere a los actos administrativos. Eficacia designa en estos casos las condiciones y los límites que determinan normativamente que una norma despliegue su obligatoriedad (tenga que ser cumplida), esto es: las condiciones normativas de promulgación, publici-

(2) «...questions of validity would seem to be vastly more significant than questions of efficacy in the universe of jurisprudence; for every sentence written about the considerations that condition the efficacy of legal norms there are at least a hundred addressed, in one way or another, to the ways and means of determining whether a questioned norm is or is not considered a valid norm of the legal system.» JONES, H. W., *The Efficacy of Law*, Northwestern University Press, Evanston (Illin.), 1969, pp. 9-10.

dad, entrada en vigor y vigencia temporal, así como los límites normativos de la vigencia de la norma, tales como la *vacatio legis*, la derogación expresa o tácita o la insuficiencia del desconocimiento o el desuso para afectar a esa vigencia; es decir, se trata las condiciones y límites que las normas de reconocimiento, cambio y adjudicación de cada ordenamiento establecen para que los destinatarios y los órganos de aplicación puedan reconocer cuándo una norma es o no es obligatoria, debe o no debe ser cumplida o aplicada; y lo mismo respecto a los efectos jurídicos de los actos administrativos o de los actos de los particulares.

Tanto los decretos que han venido declarando el estado de alarma como los decretos-leyes y otras normas de menor rango que se han aprobado para controlar la pandemia o para subsanar en diferentes ámbitos sus efectos han generado numerosos estudios sobre su ajuste en nuestro ordenamiento jurídico, es decir sobre su eficacia en este primer sentido. No es ese el objeto de esta reflexión.

Un segundo sentido en que procede hablar de eficacia –aunque sea notablemente menos utilizado por los juristas– es el que se refiere a la efectiva influencia que las normas jurídicas tienen en la configuración de la realidad social, esto es: a su capacidad o incapacidad, su éxito o su fracaso, en regular la conducta de sus destinatarios. Todavía argumentando dentro de este segundo sentido cabe, e incluso se hace inevitable, distinguir algunas diferentes dimensiones de esta eficacia de las normas jurídicas. Creo que básicamente son cuatro: (1) la eficacia como correspondencia, que consiste en la coincidencia entre la conducta de las personas y el modelo de conducta establecido por la norma jurídica; (2) la eficacia como aplicación, que consiste en que la norma incumplida por sus destinatarios sea aplicada por los órganos de adjudicación de modo que los incumplidores soporten las consecuencias (ejecución forzosa, reparación, castigo, nulidad) con lo que –como el lenguaje profesional de los juristas suele decir– «se restaure el orden jurídico quebrantado»; (3) la eficacia como éxito, que consiste en que la norma alcance el propósito que su autor pretendía; y (4) la eficacia como eficiencia, que consiste en que el cumplimiento o la aplicación de la norma no implique mayores costes o mayores efectos negativos que su incumplimiento o inaplicación (3).

Es importante destacar que en la primera dimensión es necesario distinguir a su vez entre la mera correspondencia y el cumplimiento. La mera correspondencia se produce cuando la conformidad de la conducta con la norma jurídica se debe a razones ajenas a la propia norma, como ocurre en muchas normas del derecho consuetudinario y en las que reproducen normas de la moralidad positiva. Nadie –supongo– pensará que la mayor parte de las madres y los padres velan por sus hijos, los tienen en su compañía, los alimentan, los educan y procuran su formación integral para dar cumplimiento al apartado primero de artículo 154 del Código

(3) Juan Ramón Capella propuso denominar «efectividad» al hecho de que la norma sea cumplida por los destinatarios o aplicada por los tribunales pues «eficacia» –afirma– «sugiere una referencia a los fines del legislador» (*El derecho como lenguaje*, Ariel, Barcelona, 1968, p. 105, en particular nota 2). Luis Díez Picazo acoge esa propuesta (*Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1973, p. 193). No me parece que esta propuesta resuelva la ambigüedad ya que la Real Academia Española define eficacia y efectividad exactamente en los mismos términos: «Capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera». He preferido, por ello, utilizar siempre el mismo término, eficacia, con su calificación como correspondencia, como cumplimiento, como aplicación, como éxito y como eficiencia, pues similares calificativos habría que añadir si utilizáramos el de efectividad.

Civil. Distinto es el caso en que la norma jurídica es el motivo o parte del motivo para seguir una cierta conducta; en tal caso sí podemos hablar de cumplimiento.

III. SOBRE LA ANORMALIDAD DE LAS NORMAS DE EMERGENCIA

3.1 UN PATRÓN DE NORMALIDAD NORMATIVA: FULLER, HART Y LOS «PRINCIPIOS DE LEGALIDAD»

Lon L. Fuller sostuvo, en los años sesenta del siglo pasado, que el derecho, para merecer este nombre, tenía que satisfacer ocho requisitos que, según él, constituían su moralidad interna (*inner morality of law*). Estas ocho condiciones de la moralidad específica del derecho, también llamadas a veces «principios de legalidad», requerían que las normas jurídicas fuesen (1) suficientemente generales, (2) promulgadas con publicidad, (3) prospectivas y no retroactivas, (4) mínimamente claras y comprensibles, (5) libres de contradicciones, (6) relativamente estables, (7) posibles de ser obedecidas y (8) aplicadas de una forma que no se distancie llamativamente de su significado obvio o aparente (4).

La propuesta de Fuller formaba parte de una notoria y dilatada polémica con Hart sobre las relaciones entre el derecho y la moral (5). Fuller distinguía entre la moralidad del deber, una moral que contiene los mínimos valores exigibles para cualquier actividad humana, y la moralidad de la aspiración, una moral que contiene los valores ideales que una actividad aspira a alcanzar. La moralidad del deber constituye una moralidad interna a la actividad en cuestión, la moralidad de la aspiración es –según Fuller– una moralidad externa a ella. Hart, por su parte, negó que esos ocho criterios de legalidad tuviesen un carácter moral pues se limitaban a ser las exigencias para que el derecho cumpliera su función normativa.

El argumento principal de Hart era que un derecho que cumpliera las ocho condiciones de Fuller podía ser un derecho inicuo. Fuller mismo había indicado que también actividades como la carpintería tenían que satisfacer ciertos requisitos que constituían una especie de ley natural de tal actividad. Hart seña-

(4) «The rules must be (1) sufficiently general, (2) publicly promulgated, (3) prospective (i.e., applicable only to future behavior, not past), (4) at least minimally clear and intelligible, (5) free of contradictions, (6) relatively constant, so that they don't continuously change from day to day, (7) possible to obey, and (8) administered in a way that does not wildly diverge from their obvious or apparent meaning.» FULLER, L. L., *The Morality of Law*, rev. ed., Yale University Press, New Haven (CT), 1969, p. 33.

(5) Raimo Siltala ha resumido muy gráficamente que la polémica tuvo la forma de un combate en tres asaltos. El primero en 1958 cuando ambos autores publican sendos artículos en la *Harvard Law Review* [71 (4)]; HART el titulado «Positivism and the Separation of Law and Morals» (pp. 593-629) y FULLER el titulado «Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart» (pp. 630-672). El segundo entre 1961, fecha de la publicación por HART de *The Concept of Law*, y 1964, fecha de la publicación por FULLER de *The Morality of Law*. El tercero y último entre 1965, en que Hart recensionna el libro de Fuller en su artículo «Lon. L. Fuller. *The Morality of Law*» (*Harvard Law Review*, 78, 1965, pp. 1281-1296), y 1969, en que Fuller publica la segunda edición de su libro, incluyendo en él una nueva respuesta a Hart. Vid. SILTALA, R., «Derecho, moral y leyes inmorales», *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 8, 1990, pp. 149-170.

la que un carpintero podía cumplir todos los requisitos técnicos de su actividad con independencia de que estuviese fabricando camas para un hospital o un potro de tortura; retorciendo todavía más su argumento Hart alude a los principios que podrían guiar la conducta de quien se propone envenenar a alguien –principios tales como evitar que el veneno cause vómitos o evitar que la forma, el color o el tamaño del veneno puedan llamar la atención– para subrayar que «la objeción crucial a la designación de estos principios de buena artesanía legal como moralidad, a pesar de su calificación como «internos», es que realiza una confusión entre dos ideas que es vital mantener separadas: las ideas de actividad deliberada y la de moralidad. Sin duda el envenenamiento es una actividad deliberada... Pero denominar a estos principios del arte del envenenador como «la moralidad del envenenamiento» simplemente difuminaría la distinción entre la idea de eficiencia para un propósito y aquellos enjuiciamientos últimos sobre las actividades y propósitos de los que la moralidad, en sus diversas formas, se ocupa» (6).

Aunque creo que Hart tenía toda la razón en este histórico debate, lo cierto es que Fuller nos dejó un claro y completo catálogo de las condiciones que las normas jurídicas deben cumplir para ser adecuadas a la finalidad inmediata que un ordenamiento jurídico se propone satisfacer, esto es: regular mediante normas la conducta de sus destinatarios. Que la satisfacción de estas ocho condiciones solo suponga, como dice Hart, «una consideración realista de lo que es necesario para la ejecución eficiente del propósito de guiar la conducta humana mediante normas» (7) no resta importancia a que en ellas se reflejan las condiciones necesarias para que el derecho cumpla su función reguladora aunque no sean condiciones suficientes para que ese derecho merezca aprobación moral.

Y la cuestión que ahora nos ocupa estriba en que las normas de emergencia requeridas por esta excepcional situación no parecen estar en condiciones de satisfacer casi ninguno de los ocho requisitos de la moralidad interna del derecho, si seguimos a Fuller, o de su mera eficiencia instrumental, si seguimos a Hart. Y esto parece exigir una cierta atención porque nos sitúa ante normas de muy deficiente moralidad, bajo el primer enfoque, o de muy deficiente capacidad instrumental, bajo el segundo.

(6) «But the crucial objection to the designation of these principles of good legal craftsmanship as morality, in spite of the qualification “inner”, is that it perpetrates a confusion between two notions that it is vital to hold apart: the notions of purposive activity and morality. Poisoning is no doubt a purposive activity... But to call these principles of the poisoner’s art “the morality of poisoning” would simply blur the distinction between the notion of efficiency for a purpose and those final judgments about activities and purposes with which morality in its various forms is concerned.»

HART, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, p. 350 (la cita corresponde al capítulo 16, «Lon L. FULLER, *The Morality of Law*», publicado originalmente en 1965).

(7) «... a realistic consideration of what is necessary for the efficient execution of the purpose of guiding human conduct by rules.» *Ibidem*, p. 347.

3.2 ANORMALIDADES DE LAS NORMAS REGULADORAS DEL ESTADO DE ALARMA

La producción de normas jurídicas reguladoras del estado de alarma ha sido excepcional cuantitativa y cualitativamente. En una excelente aportación de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado se han reunido todas las normas incorporadas al derecho europeo y al derecho estatal con motivo del COVID-19 (8). Se clasifican en ocho secciones diferentes, a saber: (1) declaración del estado de alarma, (2) transición hacia una nueva normalidad, (3) medidas de gestión de la crisis sanitaria, (4) medidas en materia de seguridad interior, tráfico y protección civil, (5) medidas en materia de transporte y movilidad, (6) medidas en el ámbito de la defensa, (7) medidas económicas y (8) otras medidas. Contiene trescientas treinta y siete entradas, de las que podríamos restar unas pocas que se refieren a normas anteriores a la propia pandemia –como la Constitución, la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, o los Reglamentos del Congreso– y nos seguirían quedando más de tres centenares de normas dictadas solo en el ámbito estatal. Nos encontramos en aquella compilación con una ley, algo más de treinta decretos-leyes, algo más de veinte reales decretos, cerca de ciento cincuenta órdenes ministeriales, y algo más de un centenar de disposiciones administrativas (resoluciones, acuerdos, circulares e instrucciones), exclusión hecha de las resoluciones del Congreso de los Diputados aprobando los decretos declarativos del estado de alarma y de los acuerdos multilaterales de origen europeo. Habría que añadir las innumerables normas dictadas por las Comunidades Autónomas o por los Ayuntamientos en sus respectivos ámbitos de competencia teniendo en cuenta, además, que el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, que prorrogó por sexta vez la primera declaración de estado de alarma, así como el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el estado de alarma por segunda vez, dejaron en manos de las Comunidades Autónomas la competencia para aplicar las medidas dictando las normas oportunas.

En este conjunto de normas aparece, en primer lugar, una anomalía que podemos denominar como meramente aparente. Afecta a la posición jurídica de los decretos de declaración o prórroga del estado de alarma; revisten la forma de decretos, ya que se trata de decisiones normativas dictadas por el Gobierno, pero tienen por su contenido valor de ley. El Tribunal Constitucional había resuelto ya esta doble característica de estos decretos en la bien conocida sentencia 83/2016, de 28 de abril, recaída en el recurso de amparo interpuesto contra el Auto de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 30 de mayo de 2011, confirmado por Auto de 1 de junio de 2012, que había inadmitido el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra 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 y el acuerdo del Consejo de Ministros, de 14 de diciembre de 2010, por el que solicitó su prórroga.

(8) *Vid. Códigos electrónicos. COVID-19: Derecho Europeo y Estatal*. Selección y ordenación por Ángel M. Marinero Peral. Agencia Estatal BOE (https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=355. Consultado el 9 de febrero de 2021).

Los fundamentos jurídicos de esta sentencia invocaban la distinción entre rango de ley y valor o fuerza de ley (9).

Aunque la sentencia no se refiera a ello, creo que cabría añadir –siguiendo el argumento de Rubio Llorente (10) que aflora en la sentencia– que los propios decretos de declaración y prórroga del estado de alarma, tienen en realidad fuerza de ley orgánica puesto que –aunque, a diferencia de lo que ocurre en los que declaran el estado de excepción o el estado de sitio, no pueden suspender derechos fundamentales– obvio es decir que regulan algunos derechos fundamentales imponiendo graves condiciones y limitaciones a su ejercicio (11) y, puesto que el

(9) «Así pues, aunque formalizada mediante decreto del Consejo de Ministros, la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma. Por idénticas razones, no puede ser distinta la conclusión en relación con el rango o valor del decreto por el que se prorroga el estado de alarma. No obstante, en este caso, ha de resaltarse, además, la peculiaridad de que el decreto de prórroga constituye una formalización *ad extra* de la previa autorización del Congreso de los Diputados, esto es, su contenido es el autorizado por la Cámara, a quien corresponde autorizar la prórroga del estado de alarma y fijar su alcance, condiciones y términos... Al predicarse del acto de autorización parlamentaria, como ya se ha dejado constancia, la condición de decisión con rango o valor de ley (ATC 7/2012, FJ 4), idéntica condición ha de postularse, pese a la forma que reviste, de la decisión gubernamental de prórroga, que meramente se limita a formalizar y exteriorizar el acto parlamentario de autorización» (Fundamento jurídico 10).

(10) *Vid.* RUBIO LLORENTE, F., «Rango de Ley, fuerza de Ley, valor de Ley (Sobre el problema del concepto de Ley en la Constitución)», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, enero-diciembre 1983, pp. 417-432.

(11) El artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, establece que «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. 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.» Algún autor ha considerado, sin embargo, que la declaración de estado de alarma era insuficiente para sostener jurídicamente algunas de las medidas acordadas, en particular el confinamiento forzoso, para lo que se hubiera requerido declarar el estado de excepción (AMOEDO-SOUTO, C. A., «Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87, marzo-abril 2020, pp. 66-77 (en particular p. 67).

La eventual afectación de las normas dictadas en esta emergencia a los derechos fundamentales y al estado de derecho ha sido objeto de especial atención en muchas instancias y latitudes. Véase, por ejemplo, en Europa la Declaración «Lessons Learnt and Challenges faced by the Judiciary during and after the COVID-19 Pandemic» de la European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) del 10 de junio de 2020 (<https://rm.coe.int/declaration-en/16809ea1e2>; consultado el 4 de febrero de 2021); en Australia, MATTHEWMAN, S., y HUPPATZ, K., «A Sociology of Covid-19», *Journal of Sociology*, núm. 56(4), June 2020, pp. 675-683 (en particular, p. 676); o, para varios países, el informe «A Preliminary Human Rights Assessment of Legislative and Regulatory Responses to the COVID-19 Pandemic across 11 Jurisdictions» del Bonavero Institute of Human Rights de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oxford, de 6 de mayo de 2020, que abarca información sobre once países: Australia, Alemania, Hong Kong, India, Italia, Nueva Zelanda, Rusia, Singapur, Sudáfrica, el Reino Unido y Zimbabwe (https://www.researchgate.net/publication/341679047_Bonavero_Reports_Series_Human_Rights_and_COVID_19; consultado el 12 de diciembre de 2020) (en particular pp. 3, 11 y 12).

artículo 81 de la Constitución reserva a la ley orgánica el desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas, parece que un decreto que modifica su desarrollo, aun cuando lo haga con carácter temporal, tiene fuerza o valor de ley orgánica.

Esa anomalía –la fuerza de ley o de ley orgánica de los decretos declarativos del estado de alarma– me parece aparente porque está ya resuelta tanto en términos teóricos como en términos operativos. Distintas son las anomalías que ofrecen en conjunto los decretos-leyes, los decretos y las numerosas normas de inferior rango dictadas con motivo y bajo la circunstancia del estado de alarma cuando se evalúan desde los ocho «principios de legalidad» formulados por Fuller.

Aunque la generalidad es una característica gradual de las normas jurídicas, resulta claro que una gran parte de las normas que nos ocupan han tenido destinatarios particularizados (por su edad, por su actividad profesional, por su situación de dependencia o de vulnerabilidad, por su situación sanitaria, etcétera.) y ello tanto cuando han sido normas restrictivas de derechos como cuando han sido normas favorables que ampliaban derechos o suspendían obligaciones. Esta particularidad se incrementó notablemente desde que, en el mes de junio de 2020, se trasladó a las Comunidades Autónomas la competencia para aplicar las medidas dando lugar a un sinnúmero de normas distintas para los ciudadanos de cada Comunidad.

No cabe ninguna duda de que todas estas normas han cumplido el requisito de su publicación en el correspondiente boletín oficial, pero tampoco puede olvidarse que la gran cantidad de normas y su constante modificación ha limitado el efecto de esa publicidad formal y, con frecuencia, los ciudadanos no tenían clara cuál era en cada momento la restricción horaria o la restricción territorial que debían cumplir (12). Tampoco cabe duda de que estas normas han satisfecho el requisito de irretroactividad que, en nuestro caso, garantiza el artículo 9.3 de la Constitución, aunque la inestabilidad de las medidas impuestas haya generado, sobre todo en muchos sectores económicos, un déficit grave –aunque fuera inevitable– de seguridad jurídica al encontrarse con que inversiones requeridas para su actividad por las normas vigentes en un momento determinado resultaban inútiles al dictarse normas más restrictivas en un momento posterior. Podríamos hablar de retroactividad impropia, pero retroactividad al fin y al cabo.

Mención especial merece la falta de claridad de una gran parte de este conjunto de normas y, con ella, las contradicciones que con cierta frecuencia se han hecho notar. Resulta de nuevo comprensible que los requerimientos urgentes que la situación sanitaria y sus consecuencias sociales y económicas han venido planteando a las autoridades hayan generado una respuesta normativa tan rápida y variable que difícilmente podía ser compatible con la calidad de las normas. El informe que el Defensor del Pueblo presentó a las Cortes Generales el 26 de noviembre de 2020 señalaba: «Hay que hacer notar que se trata de una legislación compleja, farragosa y difícil para los ciudadanos. Sería aconsejable una difusión de la información accesible a todo el mundo, simple, concreta y concisa, que no obligase a la consul-

(12) Carlos A. Amoedo-Souto ha señalado razonablemente que esta circunstancia avalaría la invocación del error de prohibición frente a las sanciones [AMOEDO-SOUTO, C. A., «Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, marzo-abril 2020, pp. 66-77 (en particular p. 76)].

ta por parte de los ciudadanos de al menos tres o cuatro textos normativos, a cada cual más complejo» (13).

Pero tampoco cabe duda de que el requisito del que estas normas de emergencia más gravemente han carecido es el de la estabilidad. Una situación de emergencia podría requerir normas especiales pero que se mantuvieran estables durante toda esa situación. No ha sido así en este caso. Probablemente la causa no se encuentra en un defecto de las normas sino en la propia pandemia cuya novedad ha hecho imprevisible su desarrollo y alcance. Los efectos que el confinamiento inicialmente impuesto sobre toda la población inevitablemente tuvo sobre la economía provocó, en términos parecidos en todos los países, que se tratase de alcanzar con apresuramiento un retorno gradual a la actividad (lo que entre nosotros se denominó la «nueva normalidad») en que la protección sanitaria frente a la pandemia fuese compatible con la actividad económica, pero no se alcanzó ese difícil equilibrio y aparecieron una segunda y una tercera ola de infecciones, hospitalizaciones y muertes. Y si bien la causa fue la resistencia del virus y sus mutaciones, el efecto fue una constante modificación de las normas restrictivas de la movilidad y de las actividades económicas.

En términos generales no habría razones para pensar que las normas dictadas no podían ser obedecidas y, de hecho, parece que en la primera fase, cuando el confinamiento general se ordenó de forma más drástica, la obediencia de la población fue general. Sin embargo, a lo largo del proceso la posibilidad de obediencia se vio perjudicada por el limitado alcance de su publicidad, por la falta de claridad y por las contradicciones y, junto al lógico cansancio de la población, la desobediencia se he hecho más extendida, particularmente entre los jóvenes.

El último de los ocho principios de Fuller se refiere a la aplicación de las normas. No parece que en este aspecto se hubiesen planteado problemas de relieve hasta que la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, estableció, en su Disposición final segunda –relativa a la modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa– que correspondía a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer «de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente». Aunque el Preámbulo de la Ley 3/2020 no ofrece explicación alguna a esta modificación, los antecedentes parlamentarios y el sentido común hacen razonable pensar que se pretendía tener un control judicial centralizado en el ámbito de cada Comunidad Autónoma para hacer coincidir el ámbito del control con el ámbito de la decisión a controlar. Pronto se puso de manifiesto que distintos Tribunales Superiores tomaron decisiones discrepantes sobre normas sustancialmente similares, cuando no idénticas, lo que inevitablemente encontró un pronto eco en los medios de comunicación y puso en cuestión la consistencia entre el contenido de las normas y su aplicación jurisdiccional.

(13) DEFENSOR DEL PUEBLO, *Actuaciones ante la pandemia de COVID-19*, noviembre 2020, p. 12.

Nos hemos encontrado, por lo tanto, con normas que escasamente satisfacen los «principios de legalidad» de Fuller y, al margen de que ello debilite su moralidad interna –como Fuller hubiera sostenido–, resulta indudable que ello ha debilitado su eficacia y su eficiencia como instrumentos de regulación de la conducta humana.

IV. **SOBRE LA EFICACIA/CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS REGULADORAS DEL ESTADO DE ALARMA**

4.1 **LA IMPOSIBILIDAD DE LA CONCORDANCIA Y LA POSIBILIDAD DEL CUMPLIMIENTO**

Hemos de plantearnos en primer lugar la eficacia de las normas de conducta, también llamadas primarias, sean sus destinatarios personas físicas o personas jurídicas. Resulta evidente que hay que descartar la posibilidad de que haya una mera concordancia entre la conducta de los destinatarios y la conducta prescrita ya que la propia situación excepcional de una pandemia imprevista y desconocida hace imposible concebir que una mera costumbre o una norma de la moralidad positiva coincidan con las conductas requeridas jurídicamente ante la inesperada e insólita situación sanitaria. Es precisamente en estos supuestos cuando se suscita con más claridad la capacidad de la norma jurídica para motivar o no motivar, por sí misma, el cumplimiento de la conducta prescrita. Eso permite y exige cuestionar el alcance del cumplimiento que, según su mayor o menor grado, supondría la eficacia de la norma o su fracaso en esta primera dimensión.

A primera vista resulta claro, conforme a la información que las autoridades y los medios ofrecieron, que en la primera fase de la pandemia, cuando las medidas acordadas fueron más restrictivas para la población, el cumplimiento de las normas fue generalizado y estricto. En la llamada desescalada y en las dos olas subsiguientes de la infección las mismas fuentes han puesto de relieve una relajación muy general del cumplimiento y unos brotes importantes de abierta desobediencia. Hace tiempo analicé con más detalle las posibilidades de medir el cumplimiento/incumplimiento de las normas llegando a la conclusión de que «efectivamente el índice de cumplimiento nos aportará información sobre la eficacia motivadora de la norma sobre el cumplimiento. Pero el interés de esa información depende del tipo de norma de que se trate, del tipo de sujetos al que se dirige, de la demanda de la acción prohibida u obligada, etc. (...) Ello quiere decir, nuevamente (como ocurría con la mera correspondencia), que no hay criterio alguno de carácter general que permita una medida común del cumplimiento de las normas jurídicas que pueda resultar significativa. Una norma jurídica puede ser muy eficaz, en este sentido, y tener muy poca importancia que lo sea y, del mismo modo, una norma jurídica puede ser muy poco o nada eficaz y tener muy poca importancia, o ninguna, que lo sea» (14). En el caso que nos ocupa, sin embargo, no cabe duda de que la

(14) Un análisis detallado puede encontrarse en el capítulo 2 de mi libro *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona, 2003, pp. 71-137. La cita es de la p. 137.

eficacia de las normas de emergencia revestía, y todavía reviste, una extraordinaria importancia lo que parece requerir alguna reflexión sobre los motivos del cumplimiento y del incumplimiento.

4.2 LA PROBABILIDAD DEL RESPETO AL ORDEN JURÍDICO Y EL RESPETO A LA AUTORIDAD LEGÍTIMA Y LA IMPROBABILIDAD DE LA ADHESIÓN COMO MOTIVOS DEL CUMPLIMIENTO

Decía Harry W. Jones, autor de una de las mejores monografías sobre la eficacia del derecho, que «en cualquier sociedad en que el imperio de la Ley tenga una eficacia razonable, los sentimientos de respeto por el Derecho están tan profundamente arraigados que en la mayoría de los aspectos no se le ocurre a la mayoría de la gente actuar de otro modo del que prescriben las reglas del Derecho» (15). Los sociólogos coinciden en que es éste el motivo de cumplimiento más extendido en cuanto es el resultado normal del proceso de socialización y la psicología social parece confirmarlo. He denominado a esta motivación como obediencia por respeto al orden jurídico. No parece, sin embargo, que sea este el motivo predominante para obedecer las normas de emergencia pues la función que las normas jurídicas desempeñan en el proceso de socialización se apoya precisamente en que ofrecen un grado notable de generalidad, publicidad, estabilidad, coherencia y aplicación regular, y justamente son características de las que adolecen las normas de emergencia.

Una variable en el respeto al orden jurídico es la legitimidad; en palabras de Max Weber: «la circunstancia de que, al lado de los otros motivos, por lo menos para una parte de los actores aparezca ese orden como obligatorio o como modelo, o sea, como algo que debe ser» (16). Han insistido en la misma idea Adam Podgórecki o Joseph Raz, entre otros autores. He señalado en otro lugar que esta tesis, aparentemente obvia, requiere muchos matices pues si bien parece obvia por cuanto se refiere al reconocimiento de la legitimidad de las normas fundamentales de un sistema, su constitución, y de la legitimidad de las autoridades políticas derivadas de ellas, no parece que pueda extenderse a las normas jurídicas en general, pues la experiencia no confirma que los índices de delincuencia, la morosidad en el pago de las deudas, el incumplimiento de las obligaciones parentales, de las obligaciones fiscales o de las normas del tráfico sean notoriamente más bajos en sistemas que gozan de mayor legitimación y notoriamente más altos en el caso contrario (17).

He denominado obediencia por adhesión al motivo de cumplimiento que consiste en una internalización individual del contenido de la norma. No se trata ahora de que el agente obedezca la norma porque es una norma jurídica sino porque la hace suya, porque se adhiere moralmente a ella. En relación con la adhesión suelen

(15) JONES, H. W., *The Efficacy of Law*, Northwestern University Press, Evanston (Illin.), 1969, p. 76. «In any society in which the rule of law has reasonable efficacy, sentiments of respect for law are so deeply ingrained that in most matters it does not even occur to most people to act other than as law's rules prescribe.»

(16) WEBER, M., *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, p. 25.

(17) Vid. HIERRO, L. L., *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona, 2003, pp. 122-124.

discutirse dos aspectos: se discute, en una dirección, hasta qué punto el legislador tiene capacidad para configurar las convicciones morales de los ciudadanos; en la dirección opuesta, se discute si la existencia misma de una sistema jurídico requiere que la generalidad de los ciudadanos o de ciertos grupos de ellos mantengan una adhesión moral a la generalidad de sus normas o a un cierto número o tipo de ellas. Sea cual sea la respuesta a estas cuestiones, no resulta plausible que se genere en los ciudadanos una adhesión propiamente moral a normas improvisadas, transitorias, contradictorias y muy restrictivas de sus derechos. Cabe pensar en una adhesión a la razón que motiva esas normas y, por ello, a las decisiones de la autoridad pero se trataría entonces de una adhesión impropia que creo debe ubicarse en otro tipo de motivo: la utilidad.

4.3 LA OBEDIENCIA POR UTILIDAD COMO MOTIVO DEL CUMPLIMIENTO: INSTANCIA Y GARANTÍA

Entre todos los motivos de obediencia a las normas heterónomas –tanto sociales como jurídicas– parece que el de mayor alcance y mayor extensión es la economía de elección, lo cual es consistente con el respeto al orden jurídico al que antes me referí, pues el orden jurídico ofrece precisamente, en situaciones normales, un amplio y sistemático conjunto de pautas de conducta que deben y que no deben seguirse. En este aspecto, las normas cumplen para el agente una función primaria de ahorrarle el esfuerzo de decidir, lo que podemos denominar como función de instancia y Frederick Schauer ha denominado «simplificación de la toma de decisiones» (*decisional simplification*) (18). La otra cara de esta función consiste en que las normas nos ofrecen una útil información sobre la conducta previsible de los demás y, por tanto, una razonable posibilidad de coordinación con el comportamiento ajeno, lo que podemos denominar función de garantía.

Es fácil apreciar que esta doble función es tanto más necesaria como útil en situaciones de incertidumbre como la que estamos viviendo bajo la pandemia. Cuando las personas nos enfrentamos a un riesgo grave e inesperado y nuestra conducta ante él aparece de forma clara como un factor determinante del posible desastre, tenemos entonces un motivo añadido para recurrir a la autoridad que, con mayor o menor legitimidad, nos ofrece una respuesta: cómo debemos comportarnos y cómo se van a comportar los demás. Una emergencia es, por definición, una situación caracterizada por la imprevisión y la urgencia (19) y es prudencialmente razonable recurrir, en tal situación, a una decisión heterónoma que subsane mi imposibilidad de predecir y mi urgencia en decidir, y esto es lo que refuerza considerablemente, en tal situación, la obediencia por utilidad, esa actitud que acabo de calificar como adhesión impropia (20).

(18) SCHAUER, F., *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 186.

(19) El diccionario RAE define así la emergencia: «Asunto o situación imprevistos que requieren una especial atención y deben solucionarse lo antes posible».

(20) Son muchas las voces que han reclamado conseguir este tipo de adhesión, como característica de la respuesta a la crisis, frente a la amenaza de sanciones. Véase, por ejemplo, NOGUEIRA, A., «Confinar el Coronavirus. Entre el viejo derecho sectorial y el derecho de excepción», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87, marzo-abril 2020, pp. 22-31 (en particu-

Pero, inevitablemente, una emergencia va debilitando su carácter imprevisible en la misma medida en que perdura. En esa misma medida se va debilitando este motivo de obediencia y la eficacia de las normas jurídicas tiene que reforzarse con el motivo de cumplimiento más tradicionalmente invocado: la sanción.

4.4 EL TEMOR A LA SANCIÓN Y SUS LÍMITES

Voces muy autorizadas –como las de Oliver W. Holmes o Hans Kelsen– han sostenido que, puesto que la posibilidad de imponer por la fuerza el cumplimiento de las normas o el castigo por su incumplimiento es el elemento característico del conjunto de normas que llamamos jurídicas, el temor a la sanción sería el motivo característico de su cumplimiento por los destinatarios. No parece, sin embargo, que esta correlación esté demostrada. Parece más bien que hay una solución de continuidad entre el hecho de que la aplicación sistemática de la coerción física caracterice al ordenamiento jurídico y el hecho de que una gran mayoría de las personas cumplan las normas jurídicas por respeto al orden o por utilidad, sin representarse en cada caso la eventualidad de la sanción. Como señaló Von Wright «es probablemente cierto que normalmente, cuando la acción se ajusta a las prescripciones, el motivo no es el miedo al castigo o a otras consecuencias desagradables. La función de la sanción es constituir motivo de obediencia de la norma en ausencia de otros motivos de obediencia y en presencia de motivos de desobediencia» (21).

En la situación que nos ocupa las medidas más restrictivas de los derechos individuales fueron las acordadas inicialmente por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que se mantuvieron en vigor durante los meses de marzo y abril y, durante ese período, tanto las autoridades como los medios de comunicación dieron fe de una generalizada y estricta obediencia aun cuando no se había previsto un régimen sancionador específico. El artículo 20 del citado Real Decreto solo hacía referencia a que «el incumplimiento o 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, de los estados de alarma, excepción y sitio». Este artículo, a su vez, no hace sino remitirse a la legislación general («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.») En consecuencia, el régimen de sanciones aplicable era el establecido por una serie de leyes preexistentes: la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, la Ley 33/2011, de 4 de octubre,

lar p. 22); DEFENSOR DEL PUEBLO, *Actuaciones ante la pandemia de COVID-19*, noviembre 2020, pp. 18, 47-48. Especialmente clara y rotunda es, en este aspecto, la afirmación de BINTUBE, M.: «The fight against COVID-19 can only be won if the government is ready to win the hearts and the minds of the citizens by providing enough palliative to ameliorate their suffering with enhanced trust and create confidence for total elimination of COVID-19 pandemic from the society» [COVID-19: Applied Sociology of the Pandemic and the Dynamics beyond the New Normal in the Context of the Social Pen Theory of Structural Change], *International Journal of Scientific and Research Publications (IJSRP)* 10(7), Julio 2020, pp. 451-503. La cita corresponde a la p. 468].

(21) VON WRIGHT, G. H., *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1979, p. 139. Sobre otros estudios que confirman esta idea véase L. L. HIERRO, *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona, 2003, pp. 103-105.

General de Salud Pública, la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, y el Código Penal (22).

A pesar de la generalizada sensación de que, durante aquellos primeros dos meses, se había producido una obediencia extensa e intensa a las normas restrictivas, lo cierto es que las denuncias formuladas por los cuerpos y fuerzas de seguridad ascendieron a más de un millón (1.142.127) aunque, a finales de octubre, solo se habían ultimado los expedientes sancionadores para 7.408 de aquellas denuncias lo que, al parecer, dio lugar a la lógica protesta de la Asociación Unificada de Guardias Civiles. (23) Este llamativo número de denuncias, sin embargo, no contradice aquella generalizada sensación. Como antes he recordado, sostuve, hace ya tiempo, que un índice de cumplimiento obtenido con una métrica razonable puede aportarnos información sobre la eficacia motivadora de una norma, pero que el interés de esta información depende del tipo de norma de que se trate, del tipo de sujetos al que se dirige, y de la demanda de la acción prohibida u obligada, es decir: que una norma jurídica puede ser muy eficaz, en la dimensión de su cumplimiento, y tener poca importancia que lo sea, como, a su vez, una norma jurídica puede ser poco o nada eficaz y tener poca importancia que lo sea. (24)

Resulta obvio que en la situación que nos ocupa el cumplimiento o el incumplimiento de las normas dictadas para contener la expansión de la pandemia sí reviste importancia pero, ello no obstante, resulta razonable también concluir que el volumen de denuncias antes citado, aparentemente enorme, no supone un índice preocupante de incumplimientos ya que el número de destinatarios de aquellas normas restrictivas multiplicado por el número de ocasiones en que se requería su cumplimiento era tendente a infinito. (25) Lo realmente importante es, por tanto, el tipo de incumplimiento y su motivo, y ello se ha puesto de relieve en la denominada tercera ola, cuando medidas mucho menos restrictivas han encontrado una desobediencia activa, colectiva y expansiva en ciertos sectores de la población. La frecuencia, en esta tercera ola, de encuentros y fiestas abiertamente contrarias a las normas establecidas, celebradas sobre todo por jóvenes y adolescentes, presenta el carácter de infracciones expresivas para las que la amenaza de sanción se ha demostrado poco eficaz e incluso, a veces, opera como incentivo para el incumplimiento por revestirse del carácter de «fruta prohibida» (26).

(22) Véase AMOEDO-SOUTO, C. A., «Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, marzo-abril 2020, pp. 66-77 (en particular p. 71); DEFENSOR DEL PUEBLO, *Actuaciones ante la pandemia de COVID-19*, noviembre 2020, pp. 14, 20 y 22.

(23) Tomo estos datos del informe firmado por Antonio Salvador el 4 de febrero de 2021 en *El Independiente* (<https://www.elindependiente.com/espana/2021/02/02/los-expedientes-acabados-por-infracciones-en-el-primer-estado-de-alarma-suponen-el-064-de-las-sanciones/>; consultado el 8 de marzo de 2021).

(24) L. L. HIERRO, *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona, 2003, pp. 128-137.

(25) *Ibidem*, pp. 78-79. Allí expliqué que el índice de eficacia como correspondencia (I_e) sería el resultado del número de conductas conformes (n_{Cc}) partido por el número de sujetos (n_S) multiplicado por el número de ocasiones (n_O). Cuando el número de ocasiones de cumplimiento tiende a infinito, el número de conductas disconformes, sea cual sea su número, apenas modifica el índice de eficacia que se mantiene próximo al 1 ya que, para un solo incumplimiento, $I_e = \infty - 1 / \infty = 1$ y, para 1.142.127 incumplimientos, $I_e = \infty - 1.142.127 / \infty = 1$.

(26) Utilizo aquí la distinción que hizo William J. Chambliss entre delitos expresivos y delitos instrumentales. En los primeros el acto delictivo es agradable por sí mismo para el agente mientras que

V. SOBRE LA EFICACIA/APLICACIÓN DE LAS NORMAS REGULADORAS DEL ESTADO DE ALARMA

El octavo de los principios de Fuller requiere que las normas sean aplicadas de forma suficientemente homogénea y previsible. La aplicación de las normas jurídicas resulta, en efecto, un criterio subsidiario para evaluar su eficacia. Cuando las normas no se cumplen por sus destinatarios, deben aplicarse por los órganos de adjudicación, es decir: deben hacerse cumplir o, si ello no es posible, imponerse las sanciones previstas. Decía Kelsen que «en la medida en que por derecho entendemos la norma jurídica genuina, o norma primaria, aquél resulta eficaz si es aplicado por el órgano, es decir; si éste ejecuta la sanción» (27).

Parece que, también en este aspecto, las normas de conducta dictadas bajo la situación de emergencia sufren algunas debilidades que afectan a su eficacia. Aunque se han desplegado medios extraordinarios para informar, vigilar y, en su caso, castigar su incumplimiento, el régimen sancionador que se ha aplicado parece haber consistido principalmente en la imposición de multas por desobediencia, conforme al tenor literal del artículo 20 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Como ya vimos, ello se ha traducido en un elevadísimo número de denuncias y un escasísimo número de expedientes sancionadores terminados lo que indica una muy débil eficacia como aplicación. Se añade a ello el que las primeras sentencias recaídas en los correspondientes recursos contencioso-administrativos han revocado las sanciones, principalmente considerando que el mero incumplimiento de las restricciones acordadas por las normas no constituye por sí mismo una resistencia a las órdenes de las autoridades competentes.

VI. SOBRE LA EFICACIA/ÉXITO DE LAS NORMAS REGULADORAS DEL ESTADO DE ALARMA

Hablamos de la eficacia como éxito cuando las normas jurídicas sirven como instrumento para alcanzar el estado de cosas que el edictor de la norma se propone. Para constatar ese éxito es necesario conocer el estado de cosas previo, los propósitos del legislador, la eficacia como cumplimiento y/o como aplicación que la norma ha obtenido, y el estado de cosas resultante.

En el caso de la actual pandemia y en relación con las normas de conducta –únicas a las que básicamente se refieren estas reflexiones– conocemos bien el estado de cosas previo y no parece plantear problema conocer los propósitos iniciales del legislador que obviamente eran los de evitar la extensión de la enfermedad y

en los instrumentales es un medio para conseguir otro fin; la amenaza del castigo se ha mostrado mucho más eficaz para los segundos que para los primeros (CHAMBLISS, W. J., «Types of Deviance and the Effectiveness of Legal Sanctions», p. 281, en FRIEDMAN, L., y MACAULAY, S., *Law and Behavioral Sciences*, The Bobs Merrill Co., New York, 1969, pp. 277-292).

La denominación como «fruta prohibida» la tomo de Lawrence M. Friedman (FRIEDMAN, L. M., *The Legal System. A Social Science Perspective*, Russell Sage, New York, 1987, p. 72).

(27) KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, p. 72.

salvar la mayor cantidad posible de vidas humanas. Podemos dar por sentado que, hasta la tercera ola, el grado de cumplimiento fue muy alto y el grado de aplicación en su primer nivel –el de la vigilancia y denuncia de las infracciones por parte de los funcionarios de policía– también fue muy elevado aunque, en su segundo nivel –el de la imposición de las sanciones correspondientes– el grado de aplicación fuera notoriamente bajo. El estado de cosas resultante ha quedado, no obstante, muy lejos del propósito buscado. En España, como en prácticamente todos los países de nuestro entorno, la pandemia se frenó inicialmente para reaparecer en una segunda oleada y, de nuevo, en una tercera. Por supuesto se trata de un problema que excede un análisis meramente jurídico, pues la verdadera eficacia en la lucha contra la enfermedad no podía proceder solo ni principalmente de las medidas jurídicas sobre la conducta de la población sino de las posibilidades médicas de combatirla.

Hay, ello no obstante, un aspecto que sí ha afectado, y continúa afectando, al éxito de las normas dictadas con aquel propósito. Aunque he limitado estas reflexiones a las normas de conducta, parece innecesario recordar que una gran parte de las normas dictadas por esta misma razón, han sido normas de organización y normas promocionales. (28) Este tipo de normas no impone generalmente obligaciones o prohibiciones sino que configura permisos, es decir: posibilidades de alcanzar determinadas situaciones favorables tales como subvenciones, exenciones o aplazamientos en el cumplimiento de obligaciones. Si las configuramos genéricamente como permisos (29) hay que recordar que los permisos no pueden ser cumplidos o incumplidos. No quiere ello decir, sin embargo, que no puedan calificarse como eficaces o ineficaces en la regulación de la conductas pues este tipo de normas permisivas o promocionales pueden calificarse como eficaces si son extensamente utilizadas por sus destinatarios y como ineficaces si no lo son –como parece haber ocurrido en la situación que nos ocupa con las normas reguladoras de los arrendamientos–.

VII. CONCLUSIÓN: ELECCIONES TRÁGICAS

No es, sin embargo, objeto de estas reflexiones analizar el mayor o menor éxito de la gran parte de las normas de emergencia de carácter organizativo y promocional, cuyo evidente propósito era subsanar en lo posible las consecuencias colaterales de la pandemia sobre la actividad económica y paliar sus dramáticos efectos sociales. (30) Ello no obstante, no cabe eludir que las propias normas de conducta, las obligaciones y prohibiciones impuestas sobre la población, no han tenido como único propósito del legislador el control de la pandemia. Por más que el lenguaje

(28) Sobre la función promocional y sus características me remito a BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, Fernando Torres editor, Valencia, 1980, pp. 367 ss.

(29) He examinado las peculiaridades de la eficacia de los permisos en HIERRO, L. L., *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona, 2003, pp. 174-175.

(30) Como señalaba el Defensor del Pueblo, «todavía es pronto para hacer un balance completo y preciso del grave impacto económico, político y social sufrido por la pandemia en España» (DEFENSOR DEL PUEBLO, *Actuaciones ante la pandemia de COVID-19*, noviembre 2020, p. 185)

políticamente correcto haya insistido en afirmar que no hay conflicto entre la salud y la economía —«sin salud no hay economía y sin economía no hay salud» se ha repetido hasta la saciedad— el conflicto ha existido y todavía existe. La suavización de las medidas restrictivas de la movilidad, los denominados procesos de desescalada, vienen siendo una lógica exigencia para paliar las gravísimas consecuencias económicas y sociales de las medidas de contención de la pandemia pero inevitablemente han debilitado su eficacia. El retorno a normas restrictivas de la movilidad de las personas es, a su vez, una lógica exigencia de los rebrotes de la epidemia pero inevitablemente debilita las medidas de reactivación económica. Hay que tomar, queramos o no queramos, una decisión trágica: la eficacia de las normas restrictivas de conducta perjudica gravemente el funcionamiento normal de la producción y distribución de bienes y servicios, con consecuencias trágicas sobre el empleo, la educación, la protección social y la igualdad; la eficacia de las normas que promocionan la actividad económica y procuran salvaguardar o recuperar la normalidad del sistema económico-social perjudica gravemente el control de la pandemia, con consecuencias trágicas sobre la vida, la salud y el normal funcionamiento del sistema sanitario.

Se dice, en la filosofía moral, que una elección trágica es aquella en que cualquier opción entre las posibles implica un daño moral grave. No se trata de elecciones en una situación de incertidumbre en las que se asume un grave riesgo; se trata de situaciones en las que tenemos la certeza de que, cualquiera que sea la decisión que tomemos, produciremos un daño grave a alguien. (31) Esta es la situación que vienen afrontando las autoridades frente a la pandemia. Sin perjuicio de la discrepancia y de la crítica, no hay duda de que, en tal situación, las autoridades merecen nuestra deferencia y las normas que dictan merecen nuestra obediencia.

BIBLIOGRAFÍA

- AGENCIA ESTATAL BOE, *Códigos electrónicos. COVID-19: Derecho Europeo y Estatal*. Selección y ordenación por A. M. Marinero Peral.
- AMOEDO-SOUTO, C. A., «Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, marzo-abril 2020, pp. 66-77.
- BINTUBE, M., «COVID-19: Applied Sociology of the Pandemic and the Dynamics beyond the New Normal in the Context of the Social Pen Theory of Structural Change», *International Journal of Scientific and Research Publications (IJSRP)* 10 (7), julio 2020, pp. 451-503.
- BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, edición a cargo de Ruiz Miguel, A., Fernando Torres editor, Valencia, 1980.
- BONAVERO INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS (Faculty of Law, Oxford University), «A Preliminary Human Rights Assessment of Legislative and Regulatory Responses to the COVID-19 Pandemic across 11 Jurisdictions», 6 de mayo de 2020 (<https://www.research>

(31) La referencia canónica es la de CALABRESI, G., y BOBBIT, J., *Tragic Choices*, New York, Norton, 1978.

- chgate.net/publication/341679047_Bonavero_Reports_Series_Human_Rights_and_COVID_19; consultado el 12 de diciembre de 2020)
- CALABRESI, G., y BOBBIT, J., *Tragic Choices*, New York, Norton, 1978.
- CAPELLA, J. R., *El derecho como lenguaje*, Ariel, Barcelona, 1968.
- CHAMBLISS, W. J. «Types of Deviance and the Effectiveness of Legal Sanctions», en FRIEDMAN, L., y MACAULAY, S., *Law and Behavioral Sciences*, The Bobs Merrill Co., New York, 1969, pp. 277-292.
- COTINO, L., «Los derechos fundamentales en tiempos del Coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, marzo-abril 2020, pp. 88-101.
- COTTERRELL, R., *Introducción a la Sociología del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1991.
- DEFENSOR DEL PUEBLO, *Actuaciones ante la pandemia de COVID-19*, noviembre 2020.
- DÍEZ PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1973.
- EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ), «Lessons Learnt and Challenges faced by the Judiciary during and after the COVID-19 Pandemic», 10 de junio de 2020 (<https://rm.coe.int/declaration-en/16809ea1e2>; consultado el 4 de febrero de 2021)
- FRIEDMAN, L., y MACAULAY, S., *Law and Behavioral Sciences*, The Bobs Merrill Co., New York, 1969.
- FRIEDMAN, L. M., *The Legal System. A Social Science Perspective*, Russell Sage, New York, 1987.
- FULLER, L. L., «Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart», *Harvard Law Review*, 71 (4), 1958, pp. 630-672.
- *The Morality of Law*, rev. ed., Yale University Press, New Haven (CT), 1969.
- HART, H. L. A., «Positivism and the Separation of Law and Morals», *Harvard Law Review*, 71 (4), 1958, pp. 593-629.
- *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961.
- «Lon. L. Fuller. The Morality of Law», *Harvard Law Review*, 78, 1965, pp. 1281-1296.
- *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983.
- HIERRO, L. L., *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona, 2003.
- JONES, H. W., *The Efficacy of Law*, Northwestern University Press, Evanston (Illin.), 1969.
- KELSEN, H., *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979.
- MATTHEWMAN, S., y HUPPATZ, K., «A Sociology of Covid-19», *Journal of Sociology*, núm. 56 (4), June 2020, pp. 675-683.
- NOGUEIRA, A., «Confinar el Coronavirus. Entre el viejo derecho sectorial y el derecho de excepción», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87, marzo-abril 2020, pp. 22-31.
- RUBIO LORENTE, F., «Rango de Ley, fuerza de Ley, valor de Ley (Sobre el problema del concepto de Ley en la Constitución)», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, enero-diciembre 1983, pp. 417-432.
- SCHAUER, F., *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- SILTALA, R., «Derecho, moral y leyes inmorales», *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 8, 1990, pp. 149-170.

SOBRE LA EFICACIA DE LAS NORMAS DE EMERGENCIA

VELASCO, F., «Estado de alarma y distribución territorial del poder», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87, marzo-abril 2020, pp. 78-87.

VON WRIGHT, G. H., *Norma y acción. Una investigación lógica*, Tecnos, Madrid, 1979.

WEBER, M., *Economía y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984.

DESOBEDIENCIAS Y CREACIÓN POLICIAL DEL DERECHO: DE LA PROTESTA A LA PANDEMIA

Manuel MAROTO CALATAYUD*

Resumen

La desobediencia ocupa en los discursos jurídicos sobre las prácticas sancionadoras una posición peculiar. Por una parte, es una idea muy presente en los niveles de debate más abstractos, por ejemplo, los que tienen que ver con las justificaciones filosófico-jurídicas del castigo estatal (las «teorías sobre el fin de la pena») basadas en la noción de que es necesario proteger la «fidelidad al derecho», o «reafirmar la vigencia de la norma» o, simplemente, proteger una determinada estructura de autoridad política. Por otra, las desobediencias operan en el plano más concreto y cotidiano del ejercicio del control penal: las infracciones administrativas y penales de desobediencia cumplen la función de dar cobertura legal a la discrecionalidad policial, llegando a veces a permitir, se argumentará aquí, una auténtica creación policial del derecho. En este capítulo se analizarán algunas tendencias en relación con el uso penal y político de la desobediencia en la última década, cristalizadas últimamente durante la gestión de la pandemia.

Palabras clave

Desobediencia, Derecho Penal, Penalidad neoliberal, Policía, Pandemia.

Abstract

Disobedience holds a peculiar position in legal discourses on punitive practices. On the one hand, it is very present as an idea at the most abstract levels of debate, for instance, those related to the philosophical-legal justifications of state punishment (the «theories of the purpose of punishment») based on the notion that it is necessary to protect «the fidelity to the law», or to «reaffirm the validity of the norm», or simply to protect a certain structure of political authority. On the other hand, disobedience operates on the more concrete, everyday level of penal control: administrative and criminal offences of disobedience serve

* Profesor de Derecho Penal y Criminología en la Universidad Complutense de Madrid. manu-maroto@ucm.es

the function of providing legal cover for police discretion, allowing, it will be argued here, a genuine police construction of the law. This chapter will analyze some trends in relation to the criminal and political use of disobedience in the last decade, most recently crystallized during the management of the pandemic.

Keywords

Disobedience, Criminal law, Criminal law, Neoliberal criminality, Police, Pandemic.

SUMARIO: I. Introducción. II. Una década de ampliación de la discrecionalidad policial. III. La pandemia y las desobediencias. 1. La opción por el orden público y la seguridad ciudadana. 2. La construcción policial del régimen sancionador. 3. La función productiva de la «jurisprudencia policial». IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

EN la historia de las infracciones de desobediencia es común encontrar el afán de impugnar un régimen político anterior(1). Los delitos de desobediencia del Código Penal de 1822, por ejemplo, buscaban la fidelidad a las instituciones de la Constitución de Cádiz, y la correspondiente desobediencia a las órdenes emanadas de las autoridades, tan fácticas como todavía reales, del Antiguo Régimen. A los vencidos republicanos el franquismo los represalió a través de la aplicación retorcida de esa forma de desobediencia agravada que es la rebelión(2). Con este tipo de delitos se busca a menudo, a modo de cláusula de cierre o de tipo de recogida, reafirmar la obediencia a un orden frente a otro.

El presente nos recuerda que estas infracciones también pueden ser utilizadas, no ya para impugnar un régimen político, sino una etapa o ciclo político anterior. Que pueden ser un instrumento para afirmar, simbólicamente y materialmente, un nuevo «orden público», dentro de un mismo ordenamiento jurídico. Esta es una de las ideas bajo la que voy a explorar las desobediencias, en relación con la utilización de estas infracciones como instrumento de represión de la protesta, primero (a través de la reforma del Código Penal y de la introducción de la nueva Ley de Protec-

(1) Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA, «Las desobediencias en Derecho Penal», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2013, n. 4, p. 209. Un recorrido por la regulación en los distintos códigos en: Carmen JUANATEY DORADO, *El delito de desobediencia a la autoridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; Susana LORENTE VELASCO, *Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia*, Tesis Doctoral, Editorial de la Universidad de Granada, 2010.

(2) Nicolás GARCÍA RIVAS, «Rebelión (Delito de)», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2020, n. 18, pp. 288-289.

ción de la Seguridad Ciudadana en 2015), y como instrumento de gestión de la pandemia, después (con el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma). Las desobediencias no tanto como cláusula de cierre, sino como mecanismo legal que permite la prefiguración fáctica de un nuevo «orden público» al que, a menudo, siguen *a posteriori* las justificaciones y cambios legales. Un orden construido, en gran parte, a través de la policía(3). Cuando la policía deviene un intérprete dominante de las normas de orden público(4), con frecuencia también promueve y aplica, como veremos, normas nuevas. Creo que no es una simple provocación, por tanto, hablar de una «creación policial del derecho»(5).

II. UNA DÉCADA DE AMPLIACIÓN DE LA DISCRECIONALIDAD POLICIAL

La importancia que las infracciones de desobediencia han cobrado durante la pandemia de 2020 se entiende mejor a la luz de los desarrollos en materia de orden público en la década anterior. La LOPSC y la reforma del Código Penal de 2015 consolidaron legalmente algunas de las prácticas policiales existentes durante el ciclo de protesta social contra las políticas de austeridad. Esta consolidación operó a través de dos cambios: por una parte, la reforma de los delitos contra el orden público; por otra, la eliminación de las faltas del Código Penal, algunas de las cuales, incluida la de desobediencia, pasan a ser convertidas en infracciones administrativas, y por tanto a quedar convenientemente al margen del control del juez penal, y en manos del ejecutivo, a través de la nueva LOPSC(6).

(3) Es en este sentido (el de la continua impugnación fáctica de lo jurídico en las prácticas policiales) en el que Foucault definió la institución policial moderna como «el golpe de estado permanente». «Dicho de otra manera, la policía es la gubernamentalidad directa del soberano en cuanto soberano. Y más aún, la policía es el golpe de Estado permanente. Es el golpe de Estado permanente que va a ejercerse, que va a jugar en nombre y en función de los principios de su propia racionalidad, sin tener que modelarse de acuerdo con las reglas de justicia que hayan sido dictadas», Michel Foucault (2008), *Seguridad, territorio, población*, Ediciones Akal, p. 323.

(4) La idea de la participación de la policía en la producción de normas es habitual en la sociología policial. «Como invocadores de la ley penal, la policía suele actuar en la práctica como su principal intérprete. Por lo tanto, están necesariamente llamados a poner a prueba los límites de su autoridad legal. Al hacerlo, también definen la legalidad operativa del sistema penal. Es decir, si el derecho penal es especialmente relevante para una población que tiene interacciones más o menos recurrentes con la policía, es la policía la que define el sistema de orden para esta población. Esta labor de interpretación, esta función ‘notificadora’ de la policía, es una consideración crucial para evaluar el grado de penetración de la legalidad en un sistema penal». Jerome H. SKOLNICK *Justice without trial. Law enforcement in a democratic society*, segunda edición, 1975, John Wiley & Sons, p. 14.

(5) Una idea similar a la del «canon policial de interpretación», planteada por Eduardo Melero Alonso, «De nuevo sobre el canon policial de interpretación jurídica: a propósito de los interrogatorios por policías encapuchados», <https://fuera depalacio.wordpress.com>, 13 de enero de 2013.

(6) Desde que en 2013 se publicó el borrador de anteproyecto de LOPSC diversos criticaron este aspecto. Ver, por ejemplo, Carlos Hugo PRECIADO DOMENECH, «Ley de Seguridad Ciudadana. Anteproyecto de Ley de Represión Ciudadana. Comentarios de urgencia y tablas comparativas», *Jueces para la Democracia, Boletín de la Comisión Penal*, 5, 2013 «La destipificación de la falta del art. 634 CP supone su castigo administrativo. En realidad, el legislador pretende sustraer del control judicial penal este tipo de infracciones, privilegiándolas con la presunción de veracidad de lo declara-

La reforma de los delitos contra el orden público fue unánimemente criticada en la doctrina como un intento dogmáticamente inaceptable de contener las manifestaciones de descontento social (7). Según Juanatey Dorado, por ejemplo, supuso «un cambio de paradigma en la intervención del Derecho Penal, con la punición, entre otras conductas, de actos que podríamos denominar “pre-preparatorios” de desórdenes públicos que se castigan con la misma pena que el delito consumado. De hecho, es difícil encontrar algún autor que se haya ocupado de analizar las últimas reformas en estos delitos y no denuncie los excesos en la intervención penal en esta materia a los que no cabe encontrar otra finalidad que la de tratar de cercenar la crítica política y la protesta social» (8).

Esa intervención sancionadora contra la crítica política claramente precede, como iniciativa del poder ejecutivo, a las reformas legislativas de 2015. La represión del ciclo de protestas sociales y políticas contra la austeridad empieza en 2008 y tiene su pico entre 2011 y 2013. Las «detenciones e imputaciones» por faltas contra el orden público aumentan un 300 % de 2008 a 2012 (pasan de 638 a 1934); por delitos contra el orden público crecen un 20 % (de 20.329 a 24.841) (9). Aprobada la nueva LOPSC, en el año 2015 se impusieron 4.311 sanciones por desobediencia (art. 36.6 LOSC) y un año más tarde, en 2016, 12.094 (10), es decir, tres veces más. El crecimiento de las sanciones por «faltas de respeto y consideración» a la autoridad (37.4 LOSC), que puede considerarse una «desobediencia en pequeño», parece aún más pronunciado: de 3.130 en 2015 a 19.497 en 2016 (es decir, un 622 % más). Resulta muy significativo que prácticamente dejen de aplicarse, en cambio, las infracciones específicamente relacionadas con el ejercicio del derecho

do por los agentes (art. 52) lo cual pugna con el principio de presunción de inocencia. Téngase en cuenta que el art. 634 imponía una pena de multa de 10 a 60 días (mínimo 20 a 4000 euros, máximo 120 a 24.000 euros) y las infracciones muy graves se castigan con multas de 1001 a 30.000 euros. Por tanto, lo que se está haciendo es sustraer del control judicial penal lo que eran las faltas de desobediencia del art. 634 CP para permitir a la administración imponer sanciones pecuniarias superiores a las penas con presunción de veracidad de lo declarado por los agentes y sujetas a un *soft control* de la jurisdicción contenciosa, cuyo acceso exige el pago de tasa y su demora es de todos conocida, lo que desincentiva el acceso a la misma y genera zonas de abuso e impunidad»

(7) La crítica doctrinal y social fue tan unánime que causa sorpresa que, diez años más tarde, en abril de 2021, provocara cierto revuelo entre la comunidad jurídica el preámbulo de la Ley Orgánica 5/2021, de 22 de abril, de derogación del artículo 315 apartado 3 del Código Penal por mencionar expresamente al Partido Popular como artífice de la reforma. Hirió sensibilidades jurídicas el siguiente párrafo: «Con la crisis como oportunidad, desde la llegada al Gobierno del Partido Popular en diciembre de 2011, se inició un proceso constante y sistemático de desmantelamiento de las libertades y especialmente de aquellas que afectan a la manifestación pública del desacuerdo con las políticas económicas del Gobierno».

(8) Carmen JUANATEY DORADO, «Orden público, paz pública y delitos de resistencia, desobediencia y desórdenes públicos tras las reformas de 2015», *Cuadernos de Política Criminal*, 120, 2016, pp. 40-41.

(9) Ver anuario estadístico del Ministerio de Interior, 2012. Lamentablemente la política de publicación de datos del ministerio no permite desglosar, dentro de las infracciones contra el orden público, las de desobediencia. En 2006, último año en que se desglosó, el 98 % de las detenciones por faltas contra el orden público lo fueron por resistencia y desobediencia (853 de un total de 868). El 82 % de las faltas contra el orden público conocidas por la policía fueron de resistencia/desobediencia (6.459 de un total de 7.876). Ver Anuario Estadístico del Ministerio de Interior, 2006, p. 281.

(10) Por cuantías totales de 2.631.590 euros en 2015 y 7.525.227 en 2016. Según los datos del Portal de Criminalidad del Ministerio de Interior. Hay que tener en cuenta que la LOPSC entró en vigor el 1 de julio de 2015.

de reunión, probablemente absorbidas en alguna de las otras categorías más genéricas de infracción (desobediencia/resistencia o falta de respeto), lo cual permite disociar esas multas del problemático contexto del ejercicio de un derecho fundamental, e invisibilizar estas sanciones en las estadísticas oficiales. Las cifras se mantienen estables durante los años inmediatamente posteriores. Entre 2017-2019 tiene lugar la persecución penal y administrativa del *procés*, un proceso conectado que aquí no puedo más que mencionar, pero que sin duda deja huella tanto en la cultura jurídica y política del país en general en la de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en particular.

En resumen, la actividad policial y sancionadora por vía de las infracciones de desobediencia aumenta de manera pronunciada desde 2008, parece entrar en fase descendente en 2012-13, y retoma impulso en 2015, coincidiendo con la aprobación de la LOPSC y la reforma penal. Es en este contexto, de avance y consolidación de la discrecionalidad policial y administrativa como reacción (a posteriori) a la fuerte protesta social, en el que llega la pandemia de 2020. A partir de marzo de ese año, ese poder pasa de ejercerse selectivamente sobre los «sospechosos habituales» (manifestantes, jóvenes, migrantes, pobres, personas que viven de la economía ilegal) a ser experimentado por toda una población confinada.

III. LA PANDEMIA Y LAS DESOBEDIENCIAS

Buena parte de los análisis del *enforcement* de las restricciones derivadas del estado de alarma se centra en la problemática jurídica del régimen sancionador, sin duda interesante. Menos se ha abordado la cuestión desde el punto de vista del funcionamiento policial y de las implicaciones en la distribución de poder entre órganos estatales, a pesar del indudable protagonismo que han tenido los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y el Ministerio de Interior en la gestión de la crisis, y de la a veces peculiar interacción entre distintos actores institucionales (11).

Durante los meses del primer estado de alarma la policía realizó más de un millón de propuestas de sanción (12), por vía de la infracción de desobediencia de la LOPSC (art. 36.6 LOSC), una cifra tan alta que supera de lejos la suma de todas las impuestas en los años anteriores, y que supone auténticas dificultades técnicas de tramitación. La inmensa mayoría de los expedientes sancionadores no habían concluido en sanción, sin embargo, meses después (13). La cifra de detenidos,

(11) Recordemos que en los primeros meses del estado de alarma se produjo cierta «competencia» entre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y Ejército. Militares llegaron en ocasiones a proponer sanciones, sin habilitación legal para hacerlo. Ver, por ejemplo «Defensa justifica que los militares denuncien a infractores del estado de alarma», *El País*, 11 de junio de 2020.

(12) En concreto 1.142.127 propuestas de sanción. Ver Alexandre PEÑALVER I CABRÉ, «Afectacions a la llibertat de circulació per la pandèmia de la COVID-19 i el seu règim sancionador en l'estat d'alarma», en *Revista Catalana de Dret Públic* (número especial), 2020, p. 115, nota 53.

(13) En respuesta parlamentaria del gobierno al grupo parlamentario popular, en octubre de 2020, se informaba de que solo se habían impuesto 7000 sanciones a fecha de finalización de estado de alarma. Ver Respuesta escrita del gobierno, 184/24092, 1 de octubre de 2020, disponible en: https://www.congreso.es/entradap/114p/e6/e_0068128_n_000.pdf. En octubre, sin embargo, la cifra ya ascendía a 50.000. Ver Repuestas escrita 184/24093 de 01/10/2020, disponible en: https://www.congreso.es/entradap/114p/e6/e_0068129_n_000.pdf

presumiblemente en su mayor parte por delitos de resistencia/desobediencia, era también considerable al final del primer estado de alarma (14). Esta masiva actividad sancionadora y policial convivió con serias dudas sobre la legalidad de las sanciones.

1. LA OPCIÓN POR EL ORDEN PÚBLICO Y LA SEGURIDAD CIUDADANA

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, de declaración de estado de alarma, incluye como régimen sancionador una remisión en blanco en cadena. Su artículo 20 establece que «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 artículo 10 de la LO 4/1981 recoge a su vez que «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». El último eslabón de la cadena queda en el aire.

¿Cuáles eran esas leyes? Como ha señalado Amoedo-Souto (15), cuando se aprobó la ley reguladora del estado de alarma, el artículo 10 remitía a la Ley de Orden Público franquista, parcialmente en vigor hasta 1992. La remisión era, efectivamente, a las célebres sanciones gubernativas ordinarias del artículo 18 LOP, y al delito de resistencia a la autoridad del Código Penal de 1973. No debe sorprender que, siendo las remisiones a esos resabios del ordenamiento franquista, esas infracciones no aportaran una descripción particularmente taxativa de los elementos de la infracción. Más llamativo resulta que esa misma lógica se haya visto reproducida treinta nueve años después (16).

A falta de una tipificación de infracciones y sanciones, el Ministerio de Interior establece pronto que los incumplimientos del Real Decreto 463/2020 han de considerarse sancionables por vía de las desobediencias: se impone el orden público frente a la normativa sectorial. Un día después de la declaración del estado de alarma, la Orden INT/226/2020, de 15 de marzo, recuerda (art. 5) 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», así como 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, 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 identifica-

(14) A finales de mayo de 2020 se había detenido a más de 8.500 personas. Ver «Propuestas de sanción y detenciones por infracciones contra las medidas del estado de alarma a día 23 de mayo», Ministerio del Interior, Madrid, 24 de mayo de 2020: http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/11918219

(15) Carlos-Alberto AMOEDO-SOUTO, «La genealogía autoritaria del régimen sancionador del estado de alarma. Del “Fast and Furious” al “Jurassic Park”», Ponencia presentada en el Webinar Derecho Público y COVID-19, 24 de abril de 2020, Universidade da Coruña.

(16) *Ibidem*, p. 5.

ción». Una solución ciertamente no muy respetuosa con los principios de legalidad, tipicidad y taxatividad, pero razonable en tanto acotada dentro de los límites jurisprudenciales de las infracciones de desobediencia, que exigen la negativa contundente a una orden concreta personalmente notificada. Incluso dentro de ese marco interpretativo (que, veremos, pronto se supera) el recurso a las desobediencias como núcleo del régimen sancionador supone ya una apuesta por la discrecionalidad policial como mecanismo de regulación.

El Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, que declaró el segundo estado de alarma, reprodujo (art. 15) la misma remisión en cadena. Meses más tarde, la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, ha dado un cierto giro hacia una habilitación sancionadora diferente a la LOPSC: la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (17). La nueva ley, efectivamente, recoge en su artículo 31 que «el incumplimiento de las medidas de prevención y de las obligaciones establecidas en esta Ley, cuando constituyan infracciones administrativas en salud pública, será sancionado en los términos previstos en el título VI de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública», y que «el incumplimiento de la obligación de uso de mascarillas establecido en el artículo 6 será considerado infracción leve a efectos de lo previsto en el artículo 57 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública y sancionado con multa de hasta cien euros». (18)

2. LA CONSTRUCCIÓN POLICIAL DEL RÉGIMEN SANCIONADOR

El 14 de abril de 2020, un mes después de la declaración del Estado de Alarma, el Ministro de Interior envía una comunicación a las Delegaciones de Gobierno (19) con algunas llamativas innovaciones sobre la forma de incoar las sanciones. La fundamental: se dan instrucciones diametralmente opuestas a la interpretación jurisprudencial de la desobediencia. El incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7 del RD Real Decreto 463/2020: «debe considerarse desobediencia a las órdenes dictadas por el Gobierno, como autoridad competente en el estado de alarma; órdenes que gozan de valor de ley (STC 83/2016) y constituyen mandatos directos dirigidos a la ciudadanía que han tenido una amplia difusión, además de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, y, por tanto, su inobservancia pueda subsu-

(17) Sobre la génesis de esa ley, y la conflictiva relación entre normas de salud pública y normas de orden público, Santiago MUÑOZ MACHADO, «El poder y la peste de 2020», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 90-91, 2020-2021.

(18) La Abogacía General del Estado defendía ya esta opción, la de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, a principios de abril de 2020. Ver Consuelo CASTRO REY, «Consulta sobre tipificación y competencia administrativa para tramitar y resolver procedimientos sancionadores por incumplimiento de las limitaciones impuestas durante el Estado de Alarma», Abogacía General del Estado, 2 de abril de 2020, disponible en: <http://covid19.femp.es/wp-content/uploads/2020/04/tipificacion-y-competencia-adm-para-tramitar-y-resolver-informe-de-la-abogacia-del-estado.pdf>

(19) «Comunicación del Ministro del Interior a los Delegados del Gobierno sobre incoación de procedimientos sancionadores por presunta infracción del art. 36.6 de la ley orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, y criterios para las propuestas de sanción», 14 de abril de 2020, Disponible en: https://www.sup.es/sites/default/files/pdf/Comunicacion_Ministro_a_Delegados_del_Gobierno_15042020_0.pdf

mirse en el tipo infractor de la desobediencia a la autoridad del artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana».

En efecto, «las medidas limitativas de la libertad de circulación contenidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de octubre, constituyen órdenes del Gobierno, directa y expresamente dirigidas a la ciudadanía» y «como incumplimiento de tales órdenes de la autoridad debe calificarse la mera inobservancia por la ciudadanía, no precisada de requerimiento previo de los agentes de aquella». Las normas del Real Decreto serían, así, órdenes directas del gobierno: extrañas órdenes con rango de ley (STC 83/2016, FJ 10) que «no constituyen normas abstractas adoptadas por el Gobierno para regir con carácter general y ordinariamente la conducta de la ciudadanía, sino expresos, concretos y directos mandatos u órdenes».

Las instrucciones ignoran, así, que tan importante como el conocimiento de la prohibición es el conocimiento del sentido, la naturaleza, la gravedad y la cuantía de la sanción. La legalidad y la taxatividad de las infracciones no son un solo un instrumento para asegurar la publicidad de las normas de prohibición entre la ciudadanía, sino un mecanismo de contención del poder sancionador de las autoridades y, en particular, de la actuación de la policía. Un régimen sancionador como el que propone el Ministerio carece de ese elemento de certeza y determinación en la actuación policial y sancionadora: todo incumplimiento del Real Decreto pasa a ser potencialmente una misma infracción grave, la de desobediencia del 36.6 LOSC. Es por eso por lo que el documento propone «como indicaciones de carácter meramente orientativo para los órganos instructores de los expedientes sancionadores y para conocimiento de los agentes de la autoridad, unos criterios para la recogida de los hechos denunciados en los boletines de denuncias y la posterior graduación de las propuestas de sanción» (20). Esa es una de las partes más controvertidas de la comunicación del 14 de abril de 2020: su propuesta de «graduación de sanciones», por motivos evidentes.

Primero, porque es difícil no ver en ella la creación de infracciones nuevas (por vía no ya reglamentaria, sino de unas simples instrucciones internas) a partir de una raíz común, supuesto injusto de desobediencia. Especialmente cuando alguno de los criterios propuestos, pretendiendo acudir a criterios materiales, nada tiene que ver con la desobediencia: la «entidad observada del riesgo», la «presencia de menores» o el «acudir a una segunda residencia», circunstancia esta última que a parecer del ministerio refleja «una actitud evidentemente dolosa y dotada de mayor culpabilidad» (21).

(20) La instrucción continúa afirmando que «no obstante, los órganos instructores de cada expediente deberán, en virtud del artículo 33 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, realizar las labores de graduación de la infracción y propuesta de sanción en cada caso teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes que hayan sido reseñadas en los boletines de denuncia».

(21) «1. Actitud del denunciado hacia los agentes: la actitud de aceptación resignada de la denuncia no exigirá el reflejo de ninguna circunstancia especial. Por el contrario, sí se consignará si el infractor ha reaccionado con menosprecio, jactancia o mala educación o si ha llegado a y todas las frases o expresiones que haya proferido insultos o amenazas contra hacia los agentes por si se deduce intimidación o amenazas (en ambos casos que no constituyan infracción penal) 2. Entidad observada del nivel de riesgo producido para la seguridad ciudadana o la salud pública (número de personas, circunstancias, proximidad, etc.). 3. Persistencia en la infracción: se reflejará si al agente le consta que el infractor no respeta con carácter general las limitaciones a la libre circulación establecidas en el R.D. 463/2020. Asimismo, se reflejará respecto de los establecimientos que incumplan lo establecido en el artículo 10 de citada norma repetidamente. 4. Presencia de menores, personas con discapaci-

Segundo, por la forma de graduar la entidad de la desobediencia, a través de criterios inaceptables que tienen que ver con la actitud del sancionado frente a la sanción de la autoridad. Las instrucciones consideran una suerte de criterio atenuante (o, al menos, de no base a partir de la cual se dan o no las agravantes) la «actitud resignada» del denunciado hacia los agentes. Nótese la gravedad de las implicaciones de este último inciso: la graduación de la sanción propuesta se determina por elementos subjetivos percibidos en el denunciado una vez que se le comunica que va a ser denunciado (22).

Merece la pena acudir al cuadro de «*Criterios de graduación de las propuestas de sanción*» (página 12 del documento) para percatarse de hasta qué punto esto se asemeja a un listado de infracciones nuevas. Todo ello, recordemos, en una comunicación del Ministro que no tiene rango de reglamento, y que recoge, por lo demás, incluso la cuantía de la multa a imponer en cada grupo de «hechos» (se evita denominarlo como supuestos de hecho o como infracciones): desde los 601 euros de quien acepta resignadamente la propuesta de sanción, hasta los 10.400 por la «organización o participación en actividades en común, festejos, celebraciones, etc.» Es difícil de entender, por lo demás, cómo opera, en relación con este listado de pseudo-infracciones, el sistema de graduación previsto en el artículo 33 de la LOPSC.

3. LA FUNCIÓN PRODUCTIVA DE LA «JURISPRUDENCIA POLICIAL»

Resulta complicado no ver esa «propuesta de gradación» como claramente contraria al artículo 25.1 CE, y al principio de tipicidad y de prohibición de analogía en la potestad sancionadora administrativa (recordemos que el art. 27 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, establece que «solo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley», y el 27.4 que «las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica»).

Lo cierto es que parece una interpretación «netamente policial», orientada a empujar hasta a un terreno nuevo la vigencia del principio de autoridad. En tal

dad o en situación de vulnerabilidad, en especial en los supuestos de circulación mediante vehículo no permitida que incremente los riesgos de contagio del COVID-19. 5. Número de ocupantes del vehículo (con independencia de que se identifique a todos los ocupantes mayores de edad). 6. Causa de la infracción: especialmente, y en lo que se refiere a este apartado, se reflejará cuando la circulación no permitida tenga la finalidad del desplazamiento hacia segundas residencias, lo que implicaría una actitud evidentemente dolosa y dotada de mayor culpabilidad. 7. Dificultad de identificación: se reflejará tal circunstancia haciendo especial mención en los supuestos en que la falta de documento de identificación haya sido buscada deliberadamente a juicio del agente».

(22) Siguiendo esa misma lógica, las instrucciones podrían por ejemplo haber igualmente previsto una causa de exculpación para los casos en los que el denunciado alabara la actuación de los agentes, o incluso se mostrara agradecido por sancionarle, manifestando así un máximo grado de fidelidad al derecho y a la autoridad. Contra esta algo inquietante idea, ver STS 187/2021 de 3 marzo, citando la STS 722/2018, de 23 de enero: «la conducta desobediente puede presentarse con una apariencia de amabilidad, respeto simulado o fingido acatamiento», sin que requiera un anómalo elemento subjetivo del injusto, consistente en «querer desobedecer», e insistiendo en que «lo que el delito exige es desobedecer con conocimiento de que se está haciendo (querer incumplir el mandato)».

grado es así, que en la jurisprudencia dicha posibilidad interpretativa (la de las disposiciones generales y las leyes como órdenes) solo aparece presente como la hipótesis de un «sinsentido» a evitar. El Tribunal Supremo ha sido, efectivamente, tajante respecto a los límites interpretativos de la desobediencia a la autoridad por parte de particulares (23), estableciendo que es necesario un requerimiento personalmente notificado para que entren en juego las desobediencias. Así lo recoge por ejemplo el Fundamento C), apartado 1.3.2, de la STS 459/2019 (caso del *Proceso*), así como las precedentes SSTS 722/2018, 23 de enero de 2019 y 177/2017, 22 de marzo, y más recientemente la STS 187/2021 de 3 marzo: «En efecto, es entendible que en aquellas ocasiones en las que el delito de desobediencia se imputa a un particular (cfr. arts. 556, 348.4.c, 616 quáter CP), el carácter personal del requerimiento adquiera una relevancia singular. Solo así se evita el sinsentido de que un ciudadano sea condenado penalmente por el simple hecho de desatender el mandato abstracto ínsito en una norma imperativa. De ahí que el juicio de subsunción exija que se constate el desprecio a una orden personalmente notificada, con el consiguiente apercibimiento legal que advierta de las consecuencias del incumplimiento. (...) Lo decisivo en tales casos es que la falta de acatamiento (...) sea la expresión de una contumaz rebeldía frente a lo ordenado».

Las instrucciones resultan, así, llamativamente contrarias a la jurisprudencia y al principio de legalidad y tipicidad: se insinúan como un auténtico «esfuerzo productivo» de confrontación con ambos, puesto en marcha con ocasión de la excepcionalidad del estado de alarma y del protagonismo político de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y el propio Ministerio. Hay que tener en cuenta que se trata de una toma de posición claramente consciente: dos semanas antes de la publicación de la comunicación, un completo y contundente informe de la Abogacía General del Estado (24) establecía que: «el mero incumplimiento de las limitaciones o restricciones impuestas durante el estado de alarma no puede ser calificado automáticamente como infracción de desobediencia del artículo 36.6 de la Ley Orgánica 4/2015. Dicha infracción concurrirá cuando, habiendo incumplido el particular las limitaciones del estado de alarma, sea requerido para su cumplimiento por un agente de la autoridad, y el particular desatienda dicho requerimiento».

Esta había sido hasta entonces, por lo demás, la postura del mismo Ministerio, plasmada en la Instrucción 13/2018, de 17 de octubre, de la Secretaría de Estado de seguridad (25), según la cual, siguiendo el criterio jurisprudencial: «debe entender-

(23) Jacobo DOPICO GÓMEZ-ALLER, «¿Puede calificarse como delito de desobediencia grave a la autoridad (art. 556.1 del código penal) el mero incumplimiento de la prohibición de circular por las vías públicas durante el período de confinamiento?», en Carlos Brito Siso, Manuel Maroto Calatayud (eds.), *Guías sectoriales COVID-19, Sección de Derechos Humanos*, ICAM.es, 2020, disponible en: <https://web.icam.es/bucket/Guia%20DDHH.pdf>

(24) Ver Consuelo CASTRO REY, «Consulta sobre tipificación y competencia administrativa para tramitar y resolver procedimientos sancionadores por incumplimiento de las limitaciones impuestas durante el Estado de Alarma», *op. cit.*

(25) Ver «Instrucción 13/2018, de 17 de octubre, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre la práctica de los registros corporales externos, la interpretación de determinadas infracciones y cuestiones procedimentales en relación con la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana», disponible en <https://seguridadpublica.es/wp-content/plugins/download-attachments/includes/download.php?id=86793>. Un breve comentario de esta instrucción comentario en: Eduardo Melero Alonso, «Comentario a la Instrucción 13/2018, de 17 de octubre, de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre la LOPSC», 19 de octubre de 2018, disponible en: <https://fueraepalacio>.

se que una leve o primera negativa al cumplimiento de las órdenes o instrucciones dadas por los agentes no puede constituir una infracción del artículo 36.6, si no se trata de una conducta que finalmente quiebre la acción u omisión ordenada por los agentes actuantes o les impida el desarrollo de sus funciones» (26).

De este modo, han sido ya numerosas las sentencias que, en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y con frecuencia alegando también el informe de la Abogacía General del Estado, han revocado sanciones con estos argumentos (27). Por ejemplo, la Sentencia 26/2021 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Orense, de 16 de febrero, recuerda que la ausencia de un mandato concreto es causa de atipicidad, y establece que: «las normas se pueden infringir, pero no se desobedecen» (28). La sentencia del Juzgado Contencioso núm. 1 de Pontevedra de fecha 24/11/20 insiste en que «por el cauce de la “desobediencia a la autoridad” tipificado en la LOPSC no se puede castigar la mera inobservancia de disposiciones generales. Esa práctica, sin lugar a dudas, vulnera los principios de legalidad, tipicidad y seguridad jurídica consagrados en nuestra Constitución, principios anudados a un derecho fundamental (art. 25 CE) que no se suspendió durante el estado de alarma» y en que estaba en lo cierto «la Abogada General del Estado en su Dictamen de 2 de abril de 2020 cuando concluye que las limitaciones de circulación establecidas en el artículo 7 del RD 463/2020 guardan un vínculo mucho más estrecho con la finalidad de protección de la salud ínsita a la normativa sectorial sanitaria (art. 27 Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública), que con la de protección de la seguridad ciudadana (art. 3 de la LOPSC), disponiendo la primera de su propio régimen sancionador, cuya aplicación compete principalmente a la Administración de las Comunidades Autónomas» (29).

Llegados aquí, parece que el sistema de fuentes tiende a volver a imponerse, y que los tribunales habrán de ir reafirmando en sus sentencias la vigencia del principio de tipicidad de la actividad sancionadora. Es interesante, sin embargo, pensar en lo ocurrido hasta ahora: la interpretación que sirvió para emitir más de un millón

wordpress.com/2018/10/19/comentario-a-la-instruccion-13-2018-de-17-de-octubre-de-la-secretaria-de-estado-de-seguridad-sobre-la-lopsc/

(26) Estas instrucciones fueron recurridas por el Sindicato Unificado de Policía ante la Audiencia Nacional, entre otras cosas por innovar en la definición de desobediencia, al describirla con un criterio restrictivo. La Audiencia Nacional (SAN 4890/2019, Sala de lo Contencioso, 18 de diciembre de 2019) desestimó el recurso, entre otros motivos por considerar que la instrucción no tenía valor normativo. No me consta que ningún sindicato policial haya recurrido la, ciertamente más innovadora, comunicación de 14 de abril de 2020, del mismo ministerio.

(27) Para una revisión reciente de sentencias penales: Eduardo RAMÓN RIBAS, *Desobediencia, estado de alarma y COVID-19*, Tirant lo Blanch, 2021.

(28) Ver también Luis ROCA DE AGAPITO, «Las normas no se desobedecen, se infringen», *Diario La Ley*, núm. 9632, 2020.

(29) En igual sentido, han anulado las respectivas multas por desobediencia impuestas durante el estado de alarma, por infringir el principio de tipicidad, por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Vigo de 9 de octubre de 2020; Sentencias del 19 y 27 de octubre de 2020 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Vigo; Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 3 de Pontevedra de 11 de noviembre de 2020; Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 1 de Pontevedra de 24 de noviembre de 2020; Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 1 de Lugo de 19 de noviembre de 2020; Sentencia núm. 148/2020 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Bilbao, de 2 de noviembre de 2020; Sentencia 27/2021 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Bilbao, de 10 de febrero de 2021.

de propuestas de sanción durante el primer estado de alarma, no por contraria a derecho, dejó de cumplir plenamente su función de habilitar a la policía para llevar a cabo una ingente actividad presancionadora (30). Permitió a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en definitiva, amenazar de manera (esta sí) concreta, individualizada y personal con la imposición de una sanción a un porcentaje significativo de la población española. Un masivo dispositivo de regulación social que no necesitó de una base legal clara y que, en realidad, tampoco requiere de la finalización de los expedientes para haber sido surtido importantes efectos de control social y disuasión (31).

IV. CONCLUSIONES

En la gestión de la pandemia se ha recurrido masivamente al dispositivo policial de orden público y seguridad ciudadana, en lugar de a la legislación de salud pública. Las identificaciones, propuestas de sanción y, en último término, las detenciones, han sido el repertorio policial fundamental de control del espacio público durante el primer estado de alarma, que ha tenido en las desobediencias de la LOPSC y el Código Penal el elemento nuclear de su habilitación legal para actuar. La intervención policial ha sido, sin embargo, relativamente autónoma del «campo jurídico» y ha llegado, por ejemplo, a manejar sus propias elaboraciones de nociones centrales, como la de la propia desobediencia.

Hemos tenido ejemplos llamativos de «creación policial del derecho» basada en la desobediencia. Algunos relativamente irrelevantes, como la publicación de listas policiales de productos de primera necesidad cuya adquisición justificaba la salida del hogar, o la exigencia de portar determinada documentación para poder moverse en entre barrios. Otros han sido más preocupantes, como la producción de nuevas categorías de infracciones a través de simples instrucciones ministeriales. Otros casos, como el del vídeo, difundido en redes sociales, de la entrada policial en un domicilio en el que se celebraba una fiesta, por considerar la policía que la negativa a identificarse constituía un «delito flagrante» de desobediencia, apuntan al peligro persistente de la «creación policial del derecho»: la expansión de nociones puramente formales de la desobediencia que consideran el principio de jerarquía como fundamento del orden jurídico, y que pugnan abiertamente con el significado material de los derechos fundamentales como garantías frente al Estado.

(30) Es importante recalcar, además, que un buen número de sanciones habrán llegado a imponerse, bien por finalización del expediente sancionador, o bien por pronto pago voluntario. Por lo demás, el pequeño porcentaje de propuestas de sanción finalmente convertidas en sanción parece indicar o bien una falta de disposición real a sancionar, o bien una desconfianza en que la legalidad de las sanciones, o bien una incapacidad para gestionar la masiva cantidad de multas propuestas. Probablemente se produce una mezcla de los tres motivos.

(31) Sectores de las FCSE han criticado el aparente escaso empeño en finalizar los expedientes como una suerte de agravio profesional. Criticado sin embargo.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., «Las desobediencias en Derecho Penal», *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 4, 2013.
- AMOEDO-SOUTO, C. A., «La genealogía autoritaria del régimen sancionador del estado de alarma», Ponencia presentada en el Webinar Derecho Público y COVID-19, 24 de abril de 2020, Universidade da Coruña.
- CASTRO REY, C. «Consulta sobre tipificación y competencia administrativa para tramitar y resolver procedimientos sancionadores por incumplimiento de las limitaciones impuestas durante el Estado de Alarma», Abogacía General del Estado, 2 de abril de 2020.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «¿Puede calificarse como delito de desobediencia grave a la autoridad (art. 556.1 del código penal) el mero incumplimiento de la prohibición de circular por las vías públicas durante el período de confinamiento?», en Carlos Brito Siso, Manuel Maroto Calatayud (eds.), *Guías sectoriales COVID-19, Sección de Derechos Humanos*, ICAM.es, 2020.
- FOUCAULT, M., *Seguridad, territorio, población*, Ediciones Akal, 2008.
- GARCÍA RIVAS, N., «Rebelión (Delito de)», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, 2020.
- JUANATEY DORADO, C., «Orden público, paz pública y delitos de resistencia, desobediencia y desórdenes públicos tras las reformas de 2015», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 120, 2016.
- *El delito de desobediencia a la autoridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- LORENTE VELASCO, S., «Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia», Tesis Doctoral, Editorial de la Universidad de Granada, 2010.
- MELERO ALONSO, E., «De nuevo sobre el canon policial de interpretación jurídica: a propósito de los interrogatorios por policías encapuchados», <https://fueradepalacio.wordpress.com>, 13/01/2013.
- «Comentario a la Instrucción 13/2018, de 17 de octubre, de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre la LOPSC», <https://fueradepalacio.wordpress.com>, 19/10/2018.
- MUÑOZ MACHADO, S., «El poder y la peste de 2020», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 90-91, 2020-2021.
- PEÑALVER I CABRÉ, A., «Afectacions a la llibertat de circulació per la pandèmia de la COVID-19 i el seu règim sancionador en l'estat d'alarma», en *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. especial, 2020.
- PRECIADO DOMENECH, C. H., «Ley de Seguridad Ciudadana. Anteproyecto de Ley de Represión Ciudadana. Comentarios de urgencia y tablas comparativas», *Jueces para la Democracia, Boletín de la Comisión Penal*, 5, 2013.
- RAMÓN RIBAS, E., *Desobediencia, estado de alarma y COVID 19*, Tirant lo Blanch, 2021.
- ROCA DE AGAPITO, L., «Las normas no se desobedecen, se infringen», *Diario La Ley*, núm. 9632, 2020.
- SKOLNICK, J. H., *Justice without trial. Law enforcement in a democratic society*, Segunda Edición, John Wiley & Sons, p. 14, 1975.

SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Tomás CANO CAMPOS*

Resumen

El presente estudio analiza los aspectos más relevantes de las sanciones en el estado de alarma. Tras destacar la ausencia de un régimen sancionador en las normas que regulan y declaran dicho estado y el abuso que hacen de las remisiones, se analiza la diferencia entre el incumplimiento de las normas de conducta y la desobediencia a las órdenes de la autoridad, se critica la subsunción de dichos incumplimientos en la legislación de seguridad ciudadana y se aboga por su reconducción al ámbito de la salud pública. Tras ello, se destaca la posibilidad de que los Reales Decretos que declaran el estado de alarma incluyan su propio régimen sancionador y, por último, se indican algunas pautas para configurar un régimen sancionador más apropiado a las situaciones de emergencia.

Palabras clave

Estado de alarma, desobediencia a la autoridad, remisiones, sanciones administrativas, salud pública, seguridad ciudadana.

Abstract

This paper analyzes the most relevant aspects of sanctions in the state of alarm. After highlighting the absence of a sanctioning regime in the legislation that regulate and declare the state of alarm and the abuse of referrals, the difference between the breach of the rules of conduct and the disobedience to the orders of the authority is analyzed, the subsumption of said breaches in the citizen security legislation is criticized and it is advocated for their redirection to the public health legislation. After that, the possibility is highlighted that the Royal Decrees that declare the state of alarm include their own sanctioning regime and, finally, some guidelines are indicated to configure a legal sanctioning regime more appropriate to emergency situations.

* Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid. tcano@der.ucm.es.

Keywords

State of alarm, disobedience to authority, referrals, administrative sanctions, public health, citizen security.

SUMARIO: I. Introducción. II. El régimen sancionador en las normas sobre el estado de alarma y el problema de las remisiones. III. Incumplimiento de las normas de conducta y desobediencia a las órdenes de la autoridad. IV. Tipicidad, normas sancionadoras en blanco y legislación de salud pública. V. El régimen sancionador de los decretos-leyes autonómicos. VI. La posibilidad de que los Reales Decretos que declaran el estado de alarma incluyan su propio régimen sancionador. VII. La necesidad de un régimen sancionador propio de las situaciones de emergencia. VIII. Conclusiones. Bibliografía citada.

I. INTRODUCCIÓN

1. Una de las cuestiones más discutidas desde que se declaró el primer estado de alarma en nuestro país, y que más confusión y conflictividad está generando, es la relativa a las sanciones administrativas. El problema viene motivado, esencialmente, por la ausencia de un régimen sancionador en la Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOEAES) y por el abuso de la técnica de la remisión por parte de los Reales Decretos que han declarado el estado de alarma, a lo que se ha unido un desenfoque en la interpretación de tales normas por parte de la propia Administración.

En el debate suscitado han aflorado cuestiones de importancia como el peligro de las remisiones en el Derecho sancionador, la diferencia entre el incumplimiento de las normas y la desobediencia a las órdenes de la autoridad (en la que subyace una cuestión de teoría general como es la distinción entre acto y norma), la tipicidad misma del incumplimiento de las normas de conducta que incluyen los Reales Decretos que declaran la alarma, los bienes jurídicos que subyacen en tales normas o la posibilidad de que los propios Reales Decretos incluyan su régimen sancionador. Todo lo cual ha cuestionado, a su vez, la idoneidad del régimen punitivo previsto para las situaciones de emergencia. En los apartados que siguen trataré de analizar sintéticamente los aspectos teóricos más importantes de todas esas cuestiones (1). Antes de ello, conviene precisar que la reciente y desenfocada sentencia del Tribunal Constitucional, de 14 de julio de 2021, sólo afecta a las sanciones impuestas durante el primer estado de alarma por incumplir el denominado «confinamiento», cuya nulidad, por tanto, se debe a la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos del Real Decreto que establecían dicho «confinamiento» y no a las razones que se apuntan en esta trabajo.

(1) De buena parte de ellas me he ocupado, más detenidamente, en CANO CAMPOS, T., «Las sanciones en el estado de alarma», Rebollo Puig, M., Huergo Lora, A., Guillén Caramés, J., Cano Campos, T. (dirs.), *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador*, 2021, Civitas, Cizur Menor.

II. EL RÉGIMEN SANCIONADOR EN LAS NORMAS SOBRE EL ESTADO DE ALARMA Y EL PROBLEMA DE LAS REMISIONES

2. La LOEAEs no establece el régimen sancionador de los tres estados excepcionales que regula. Respecto del estado de alarma, su artículo 10.1 se limita a señalar lo siguiente: «El incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la Autoridad competente en el estado de alarma será sancionado con arreglo a las leyes». Este precepto no añade nada nuevo, salvo confusión. De estar en algún lugar de la LOEAEs, debería haberse ubicado sistemáticamente en las disposiciones comunes a los tres estados que regula, como la impugnabilidad de los actos y disposiciones adoptados durante la alarma o el derecho de los particulares a ser indemnizados. Pues lo que el precepto hace, en realidad, es precisar que no se prevé ningún régimen específico o singular respecto del incumplimiento o la resistencia a las órdenes de las autoridades competentes en el estado de alarma, incumplimiento que se sancionará de conformidad con las leyes ordinarias que resulten de aplicación. Pero eso mismo cabe decir de las órdenes impartidas por las autoridades competentes durante los otros dos estados (incluida la militar en el estado de sitio), ya que parece evidente que su incumplimiento se sancionaría también con arreglo a lo que dispongan las leyes, aunque para esos estados la LOEAEs no contemple una previsión similar a la de su artículo 10 para el estado de alarma.

Los tres Reales Decretos que, hasta el momento, han declarado el estado de alarma para hacer frente a la pandemia se han limitado a reproducir, de forma más o menos literal, dicho precepto, sin precisar qué leyes son esas a las que se remite y, lo que es peor, sin aclarar si el incumplimiento o resistencia a las órdenes de la autoridad competente durante el estado de alarma incluye también el incumplimiento de los mandatos y prohibiciones que contienen los Reales Decretos que declaran dicho estado o las disposiciones generales dictadas en su aplicación.

3. El primero de ellos, el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se limitó a recordar en su artículo 20 que: «El incumplimiento o 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», olvidando que los términos establecidos en el artículo 10 de dicha Ley no son otros que esos mismos que el propio Real Decreto reproduce. Los otros dos Reales Decretos, introducen alguna novedad, pues distinguen entre el incumplimiento del contenido del propio Real Decreto y la resistencia a las órdenes de la autoridad, pero la sanción de tales comportamientos se remite genéricamente también a lo que dispongan las leyes, sin precisar a cuáles (2).

(2) Así, el RD 900/2020, de 9 de octubre, que declaró el estado de alarma en algunos Municipios de la Comunidad de Madrid, disponía en su artículo 7 que: «El incumplimiento del contenido del presente real decreto o de las órdenes de las autoridades será sancionado con arreglo a las leyes», mientras que el artículo 15 del RD 926/2020, de 25 de octubre, que ha vuelto a declarar el estado de alarma con carácter general, establece que: «El incumplimiento del contenido del presente real decreto o la resistencia a las órdenes de las autoridades competentes será sancionado con arreglo a las leyes, en los términos establecidos en el artículo 10 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio». La redacción, como puede verse, en el colmo ya de la confusión, es distinta a la del primero, pues uno habla de «autoridades» y otro de «autoridades competentes», pero no se precisa, como se hacía en el RD 463/2020, de 14 de marzo, que sean las del estado de alarma. Además, en el último de ellos, la

4. Es esa genérica remisión de la LOEAES y de los Reales Decretos a lo dispuesto en las leyes, la fuente de todos los problemas y de la confusión creada. Si el legislador quiere que sus normas sean conocidas y se cumplan no debe abusar de las remisiones. Éstas son necesarias en el Derecho, pues evitan incómodas repeticiones y, por eso, ninguna rama del Derecho renuncia a su utilización, pero en el ámbito sancionador son peligrosas, pues crean inseguridad y confusión(3). Como se ha señalado, las remisiones son cómodas para el legislador, pero incómodas para el intérprete(4). E inseguras para los ciudadanos.

Ese continuo juego de remisiones en los Reales Decretos que han declarado el estado de alarma, plantea diversos interrogantes que es preciso despejar para determinar qué y cómo se puede sancionar: i) en primer lugar, hay que precisar a qué concretas leyes se remite la sanción por el incumplimiento o resistencia a las órdenes de la autoridad; ii) en segundo lugar, hay que determinar si ese incumplimiento o resistencia a las órdenes de la autoridad incluye también el incumplimiento de los mandatos y prohibiciones que contienen los propios Reales Decretos que declaran la alarma y, por tanto, si se deben sancionar del mismo modo; iii) y, en tercer lugar, si la respuesta anterior es negativa, habrá que concretar con arreglo a qué leyes se ha de sancionar el incumplimiento sin más de esos mandatos y prohibiciones que establecen los Reales Decretos que declaran el estado de alarma.

5. El artículo 10 de la LOEAES, al que se remiten tales Reales Decretos, solo habla, como hemos visto, de incumplimiento y resistencia a las órdenes de la autoridad y dice que se sancionará con arreglo a las leyes. El precepto habla de leyes en plural porque el comportamiento al que alude está, en efecto, tipificado ya como ilícito o infracción en diversas leyes de nuestro ordenamiento jurídico. Pero dicho precepto, conviene insistir en ello, no tipifica nada nuevo ni permite sancionar lo que antes no tuviera ya castigo o sanción. ¿Acaso si no existiera esa previsión, no se podría castigar a quienes incumplieran o se resistieran a las órdenes dictadas por las autoridades competentes en el estado de alarma? Es evidente que sí, pues hay preceptos que ya prevén eso como infracción (administrativa, disciplinaria o penal, según los casos).

En primer lugar, el tan traído, como mal invocado, artículo 36.6 LOPSC, que tipifica como infracción grave «la desobediencia o la resistencia a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, cuando no sean constitutivas de delito»; en segundo lugar, y si quien incumple es un funcionario, el artículo 95.2 del Estatuto Básico del Empleado Público (aprobado por Real Decreto legislativo 5/2015, de 20 de octubre), que tipifica como falta disciplinaria muy grave «la desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior»; por último, y en su caso, el artículo 556.1 del Código Penal, que tipifica como delito la resistencia o desobediencia grave a la autoridad o a sus agentes en el ejercicio de sus funciones.

sanción por el incumplimiento del contenido del propio Real Decreto y de la resistencia a las órdenes de las autoridades se remite, de nuevo, al artículo 10 de la LOEAES, cuando este precepto solo se refiere al incumplimiento o resistencia de las órdenes de la autoridad competente en el estado de alarma.

(3) Sobre el papel de las remisiones en el Derecho sancionador, con ideas contrapuestas, *vid.*, NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, pp. 276-277; CANO CAMPOS, T., *Sanciones Administrativas*, Lefebvre, Madrid, 2018, pp. 49-51.

(4) HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 305.

6. El artículo 10 LOEAES, sin embargo, no alude al incumplimiento de las normas de conducta que contienen los Reales Decretos que declaran el estado de alarma o las disposiciones que dicten en su aplicación. Lo que plantea la segunda cuestión ya formulada: ¿hemos de incluir tales incumplimientos en la desobediencia o resistencia a las órdenes de la autoridad y sancionarlos también con arreglo a la legislación de seguridad ciudadana?

La respuesta afirmativa a tal pregunta es la solución que finalmente se ha impuesto en el seno de la Administración General del Estado como consecuencia de una Comunicación del Ministerio del Interior a los Delegados del Gobierno, de 14 de abril de 2020, que, en contra del criterio más certero de la Abogacía del Estado (manifestado en su informe de 2 de abril de 2020), sostuvo que el incumplimiento de las medidas limitativas contenidas en el RD 463/2020, de 14 de marzo, debe considerarse desobediencia a las órdenes dictadas por el Gobierno como autoridad competente durante el estado de alarma y, por tanto, su inobservancia debe subsumirse en el tipo infractor del artículo 36.6 LOPSC. Pero esto, como vamos a ver de inmediato, constituye un profundo error, pues una cosa es el incumplimiento o la vulneración de las normas de conducta y otra, bien distinta, la desobediencia a la autoridad o a sus agentes.

III. INCUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS DE CONDUCTA Y DESOBEDIENCIA A LAS ÓRDENES DE LA AUTORIDAD

7. La subsunción del incumplimiento de los mandatos y prohibiciones que contienen los Reales Decretos que declaran la alarma en el tipo infractor de desobediencia a la autoridad, implica la comisión de tres graves errores (5).

8. En primer lugar, calificaríamos de acto lo que realmente es una norma. Las órdenes a cuyo incumplimiento o resistencia se refieren los artículo 10 LOAES, 20 RD 463/2020, de 14 de marzo, 7 RD 900/2020, de 9 de octubre, y 15 RD 926/2020, de 25 de octubre, son actos administrativos, singulares o generales, pero actos. Sin embargo, las limitaciones y restricciones que contienen los Reales Decretos de alarma, constituyen, claramente normas jurídicas, pues afectan a un número indeterminado de posibles supuestos de hecho y a un número indeterminado, también, de personas (a toda la población a partir de cierta hora, a los comerciantes y hosteleros a partir de cierta hora también, a todos los vecinos de los municipios o Comunidades Autónomas de las que no se permite salir, etc.). Estas normas jurídicas,

(5) Además, y de conformidad con los apartados segundo y tercero del artículo 10, habría que llegar a la conclusión de que, si quien incumple alguna de las limitaciones es un funcionario, podría ser suspendido de inmediato en el ejercicio de sus cargos, se pasaría el tanto de culpa al juez y al superior jerárquico y se le abrirá expediente disciplinario, mientras que si es una autoridad (por ejemplo, un Ministro que no respeta el llamado «toque de queda», o una presidenta de Comunidad Autónoma que celebra una reunión con más personas de las permitidas) perderían las facultades de que gozan durante el estado de alarma. Me parece claro que estas consecuencias tienen sentido si lo que el funcionario o la autoridad incumpliesen fuese una orden dirigida directamente a ellos durante el estado de alarma por parte de la autoridad competente, no si vulneran simplemente las normas de comportamiento que contiene el propio Real Decreto que declara dicho estado o las disposiciones dictadas en su aplicación.

además, como veremos más adelante, tienen rango y valor de ley, según ha declarado el propio Tribunal Constitucional.

Esos preceptos, como muchas de las Órdenes ministeriales que se dictaron en virtud de la habilitación del primer Real Decreto, o las disposiciones que los presidentes de las Comunidades Autónomas están dictando ahora en aplicación del último Real Decreto, establecen claramente una regulación abstracta y general, y pasan, por ello, a integrarse en la «legalidad aplicable durante la vigencia del estado de alarma», esto es, a formar parte «del sistema de fuentes del Derecho de excepción», por decirlo en los términos de la STC 83/2016 (FJ 10), que reproduce la reciente sentencia de 14 de julio de 2021 (FJ 2)(6). Al entender, sin embargo, que son órdenes de las autoridades competentes en el estado de alarma y que su incumplimiento constituye una infracción grave de desobediencia o resistencia a la autoridad, prevista en el artículo 36.6 LOPSC, estaríamos considerando que son simples actos administrativos, pues, hasta ahora, siempre se ha considerado que la desobediencia o resistencia a la que alude dicho precepto requiere el rechazo o la desatención a un mandato concreto de la autoridad o sus agentes, no el simple incumplimiento o transgresión de una disposición abstracta y general. Desde la perspectiva sancionadora, hay desobediencia o resistencia a un mandato concreto de la autoridad o sus agentes, de modo que se comete la referida infracción cuando se omite el comportamiento que ese mandato determinado impone, mientras que si se trata de una norma abstracta de conducta habrá simplemente incumplimiento o vulneración, que constituirá una infracción si dicho comportamiento está tipificado como tal(7).

9. Por esta misma razón, se incurre, en segundo lugar, en una interpretación extensiva *in peius* (prohibida por el art. 25.1 CE) del tipo infractor previsto en el artículo 36.6 LOPSC, al incluir en él comportamientos que realmente no prevé, pues dicho precepto se refiere a la desobediencia o resistencia a las órdenes de la autoridad o sus agentes, no al incumplimiento o vulneración de las normas de conducta previstas en disposiciones de carácter general. La doctrina jurisprudencial tiene establecido que para que pueda considerarse que hay un delito o una infracción administrativa de desobediencia se requiere: un mandato expreso, concreto y

(6) Vid. ya CRUZ VILLALÓN, P., «El nuevo derecho de excepción (Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio)», *REDC*, núm. 2, 1981, p. 105. El reciente ATS de 23 de marzo de 2021 (rec. 93/2021), que desestima la suspensión cautelar del Decreto 22/2021, de 12 de marzo, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid, por la que se establecen medidas temporales para hacer frente a la COVID-19 en aplicación del Real Decreto 926/2020, califica expresamente aquel Decreto de «disposición general» (FJ 4 *in fine*).

(7) Se ha sugerido, sin embargo, que los conceptos de disposición y acto carecen de capacidad explicativa en el contexto del estado de alarma y que resulta más conveniente hablar, simplemente, de «medidas de emergencia» (VELASCO CABALLERO, F., «Estado de alarma y distribución territorial del poder», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87, 2020, p. 84). Pero, en mi opinión, la distinción entre acto y norma es también relevante en el Derecho de necesidad. Es una distinción de teoría general que puede resultar útil y apropiada también en tiempos de emergencia. La propia LOEAES la utiliza en numerosos preceptos (3.1 y 24.2), así como el propio RD 463/2020, de 14 de marzo (arts. 4.3, 5.5, etc.). Y, en todo caso, aunque se prescindiera de la distinción para aludir a las medidas acordadas durante el estado de alarma, resultaría necesario acudir a ella a los efectos de aplicar las leyes a las que la propia LOEAES se remite, pues tales leyes parten de esa distinción a numerosos efectos. Por ejemplo, si se autorizara a las CCAA o a los Municipios para que adoptaran determinadas medidas durante la alarma, la precisión de si las mismas son acto o norma podría ser relevante a efectos de determinar el órgano de la jurisdicción competente para conocer de las pretensiones que se deduzcan respecto de ellas.

terminante de hacer o de omitir un determinado comportamiento, emanado de la autoridad o de sus agentes; que la orden, revestida de todas las formalidades legales, haya sido claramente notificada (no necesariamente por escrito) al obligado a cumplirla, de modo que haya podido tomar pleno conocimiento de su contenido; y, en fin, la resistencia del requerido a cumplir aquello que se le manda u ordena (8).

10. Por último, la pretendida aplicación en tales casos de la infracción de desobediencia o resistencia a la autoridad, supone un cambio o alteración del bien jurídico que tratan de proteger las normas imperativas que contienen los Reales Decretos que declaran el estado de alarma. Es evidente, que tales las normas tratan de proteger esencialmente la salud que a todos reconoce la CE (art. 43), cuya puesta en peligro por la COVID-19 ha justificado incluso la declaración del estado de alarma. Así puede verse claramente en el propio título de los Reales Decretos, en sus exposiciones de motivos, en el artículo primero de todos ellos, donde se destaca la finalidad de la declaración del estado de alarma, o en el protagonismo que asume el Ministerio de Sanidad [art. 4.2.d) RD 463/2020, de 14 de marzo, y arts. 9.2, 10, 13 y 14 RD 926/2020, de 25 de octubre]. Sin embargo, lo que se trata de proteger con la infracción de desobediencia o resistencia a la autoridad o sus agentes es, claramente, el principio autoridad, que desplazaría a la protección de la salud si aplicamos dicha infracción al simple incumplimiento de aquellas normas imperativas.

11. En definitiva, con la interpretación que se ha impuesto, cualquier incumplimiento a las normas generales de conducta constituiría, sin más, un ilícito de desobediencia o resistencia a la autoridad o sus agentes y, por tanto, bastaría con prever ese solo tipo de ilícito para considerar que cualquier forma de incumplimiento de una norma de conducta supone la comisión de esa infracción. Incluso sobrarían, en definitiva, las numerosas disposiciones que tipifican como infracción el incumplimiento de los mandatos y prohibiciones dictados por las autoridades competentes en cualquier sector, incluidas las numerosas infracciones que prevé la propia LOPSC, como la celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas quebrantando la prohibición o suspensión «ordenada por la autoridad correspondiente» (art. 35.3), la negativa a la disolución de reuniones y manifestaciones en lugares de tránsito público «ordenadas por la autoridad competente» (art. 36.7), o, en fin, la «negativa u obstrucción a las labores de inspección» en fábricas, locales, embarcaciones y aeronaves (art. 36.13).

(8) Sobre ello, SSTS 394/2007, de 4 de mayo y 821/2003, de 5 de junio. *Vid.* también, las SSTS, Sala de lo Penal, 27/2013, de 21 de enero, 260/2013, de 22 de marzo, y 45/2016, de 3 de febrero, que establecen los criterios para deslindar la desobediencia o resistencia grave del artículo 556 CP, de la desobediencia o resistencia leve tipificada antes como falta en el artículo 634 CP, a la que ahora sustituye la infracción del artículo 36.6 LOPSC. Así lo ha venido interpretando hasta ahora, el propio Ministerio del Interior a través de su Secretaria de Estado de Seguridad, como puede verse en su Instrucción 13/2018, de 17 de octubre, sobre la práctica de los registros corporales externos y la interpretación de determinadas infracciones de la propia LOPSC. La reciente SAN de 18 de noviembre de 2019 (rec. 1008/2018), que confirma la legalidad de dicha Instrucción, también es muy clara al respecto.

IV. TIPICIDAD, NORMAS SANCIONADORAS EN BLANCO Y LEGISLACIÓN DE SALUD PÚBLICA

12. La ausencia de un régimen sancionador en los Reales Decretos que declaran el estado de alarma ha planteado también un importante problema desde el punto de vista de la tipicidad o garantía material del principio de legalidad, al punto que algunos autores han sostenido que el incumplimiento de las normas de conducta que aquéllos contienen serían comportamientos atípicos o carentes de todo respaldo sancionador (9). Pero, como vamos a ver, esos problemas de tipicidad y determinación se pueden soslayar si el incumplimiento de los mandatos y prohibiciones que establecen los Reales Decretos o las disposiciones generales dictadas en su aplicación está tipificado como infracción en otras normas del ordenamiento jurídico. Esto es, si tales normas de conducta, que no tienen carácter sancionador ya que se limitan a establecer mandatos y prohibiciones, se integran en el supuesto de hecho de una norma sancionadora en blanco.

13. La legislación de salud pública, que es a la que hay que acudir ya que el estado de alarma se ha acordado por razones de ese tipo, ofrece algunas normas sancionadoras en blanco en las que se pueden subsumir los incumplimientos de las normas que nos ocupan. En particular, se puede destacar la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP), que, salvo sus artículos 45 y 53, tiene carácter básico, y cuyo artículo 57 clasifica varios tipos de infracciones en función de su gravedad, lo cual depende, a su vez, de la entidad del daño o del riesgo que los comportamientos entrañen para la salud. Así, el apartado 2.a) tipifica como infracción muy grave «la realización de conductas [acciones] u omisiones que produzcan un riesgo o un daño muy grave para la salud de la población»; su apartado 2.b) dispone que es infracción grave «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»; y, en fin, su apartado 2.c) tipifica como infracción leve «el incumplimiento de la normativa sanitaria vigente, si las repercusiones producidas han tenido una incidencia escasa o sin trascendencia directa en la salud de la población» (10).

14. Esta última infracción de carácter leve, aunque tampoco es un dechado de certeza o taxatividad (pues se limita a aludir a la normativa sanitaria vigente), será la que normalmente concorra en caso de mero incumplimiento de las normas de conducta contenidas en los Reales Decretos de alarma, o en las disposiciones normativas dictadas en su aplicación, ya que puede entenderse, sin interpretaciones

(9) SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Notas sobre el ejercicio de las potestades normativas en tiempo de pandemia», BLANQUER CRIADO, D. (coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 233.

(10) El artículo 35. A.1.º de la Ley 14/1986, General de Sanidad, también tipifica como infracción leve un comportamiento similar: «las simples irregularidades en la observación de la normativa sanitaria vigente, sin trascendencia directa para la salud pública». Sobre la interpretación de dicho precepto, *vid.* REBOLLO PUIG, M., *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, INAP, Madrid, 1989, pp. 553 ss. El artículo 2.g) de la Ley de Orden Público de 1959 tipificaba como infracción «los atentados contra la salubridad pública y la transgresión de las disposiciones sanitarias dictadas para evitar epidemias y contagios colectivos», lo que, por cierto, y como ha destacado en otros trabajos el mismo autor, demuestra la conexión de la salud pública con el orden público.

forzadas o extensivas, que tales normas, durante su vigencia, pasan a formar parte de la normativa sanitaria en vigor al haber sido dictadas para hacer frente a una grave crisis de esa naturaleza. Los otros tipos infractores, dada su mayor gravedad, exigirán una lesión o, cuando menos, una puesta en peligro de la salud de la población, que concurrirá, por ejemplo, cuando quien incumpla tales mandatos pueda, por ser portador de ella, contagiar la enfermedad y requerirá normalmente que el infractor conozca, o pueda razonablemente conocer, que se es portador de ella, o, por poner otro ejemplo, cuando el comportamiento consista en organizar fiestas no autorizadas por el mayor riesgo que entrañan en la salud, ya que en ellas, habitualmente, no se guarda la distancia de seguridad.

15. Para la referida infracción leve, el artículo 58 LGSP establece una multa de «hasta 3.000 euros», lo que, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso, permitiría imponer multas más proporcionadas y razonables que las que hasta ahora están imponiéndose, sobre todo, cuando se trata del primer incumplimiento que podría saldarse con un simple apercibimiento o una multa de una mínima cuantía. La competencia para incoar, instruir y resolver el procedimiento sancionador corresponderá a la Administración competente por razón de la materia o del territorio (art. 61.1), pues los Reales Decretos que declaran el estado de alarma no han alterado la competencia que a cada Administración le atribuye la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios (art. 6 RD 363/2020, art. 5 RD 900/2020 y art. 12 RD 926/2015), de modo que las CCAA y, en su caso, los Municipios hubieran mantenido de este modo unas competencias sancionadoras que no debieron perder.

16. La subsunción de los incumplimientos referidos en la legislación de salud pública no implica, en modo alguno, que no resulte de aplicación el tipo de desobediencia a la autoridad previsto en el artículo 36.6 LOPSC, sino simplemente que ello requerirá algo más que la simple vulneración de una norma de conducta. En concreto, será preciso que, ante el incumplimiento de un mandato o prohibición, la autoridad o sus agentes efectúen un requerimiento al infractor para que adecue su comportamiento a lo que la norma de conducta prescribe (por ejemplo, que regrese a su domicilio porque está en una vía pública fuera del horario nocturno, que cierre el establecimiento indebidamente abierto o que regrese al municipio o la Comunidad Autónoma de la que no debió salir), de modo que, si se incumple esa orden o mandato concreto, entonces, se cometerá también la referida infracción. En supuestos de este tipo, estaremos, en rigor, ante un concurso real de infracciones, de modo que podrá imponerse la sanción correspondiente por el incumplimiento de la norma de conducta de que se trate y, además, la prevista para la desobediencia a las órdenes del agente de la autoridad. Se habrán cometido dos hechos que darán lugar a dos infracciones distintas porque se habrán dañado o puesto en peligro dos bienes jurídicos diferentes: la protección de la salud y el principio de autoridad, lo que entraña, lógicamente, un reproche o desvalor en la conducta diferente y adicional al incumplimiento sin más.

V. EL RÉGIMEN SANCIONADOR DE LOS DECRETOS-LEYES AUTONÓMICOS

17. Algunas CCAA no han sido indiferentes a este confuso panorama sancionador y, tras la vigencia del primer estado de alarma, han tratado de aclarar el régimen sancionador por el incumplimiento de las medidas de prevención y contención aplicables en su respectivo territorio para afrontar la situación de crisis sanitaria. Se trata de una loable regulación que pretende ofrecer seguridad jurídica y garantizar el principio de proporcionalidad, tipificando, en función de su gravedad, las infracciones más frecuentes que, una vez concluido el primer estado de alarma, pueden cometer los ciudadanos: el incumplimiento de los límites de aforo o del número máximo de personas permitidos en los establecimientos; la celebración, comercialización o participación en reuniones, fiestas o cualquier acto o reunión en espacios públicos o privados; su convocatoria a través de redes sociales; la apertura de locales, la celebración de actos o realización de actividades que haya prohibido o suspendido las autoridades sanitarias; el incumplimiento del horario especial de apertura y cierre de establecimientos y actividades; el incumplimiento por parte de las personas que sean casos positivos de COVID del deber de aislamiento domiciliario acordado por las autoridades sanitarias; la no comunicación a la autoridad competente de los casos de sospecha o diagnóstico de la enfermedad; el incumplimiento de la obligación de uso de la mascarilla o su uso inadecuado; etc. (11)

18. Pero tales Decretos-leyes plantean, ahora, el problema de si el incumplimiento de las medidas previstas en el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, (limitaciones a la libertad de circulación de las personas en horario nocturno, de entrada y salida en las CCAA, de permanencia de grupos en espacios públicos y privados, o de personas en lugares de culto), cuya eficacia queda a disposición de lo que disponga el presidente de cada Comunidad Autónoma como autoridad delegada (art. 9), pueden ser sancionadas con arreglo a lo que se dispone en cada uno de ellos. La remisión genérica a las leyes del artículo 15 del referido Real Decreto, la previsión en su artículo 9 de que de que tales medidas serán eficaces en el territorio de cada Comunidad Autónoma cuando así lo determine la autoridad competente delegada, y la circunstancia de que las referidas limitaciones se pueden subsumir en algunos de los tipos de los referidos Decretos-leyes, parece permitir esa interpretación, y eso es lo que están haciendo algunas CCAA.

Pero, esta solución no hace más que ahondar en el enredo y en la confusión del régimen sancionador del estado de alarma, lo que refuerza la tesis que aquí se mantiene de que, sin perjuicio de lo que luego se dirá sobre la necesaria reforma de la LOEAES, deberían ser los propios Reales Decretos que declaran la alarma los

(11) Pueden citarse, al respecto, el Decreto-ley 11/2020, de 10 de julio, de Baleares, por el que se establece un régimen sancionador específico para afrontar los incumplimientos de las disposiciones dictadas para paliar los efectos de la crisis ocasionada por el COVID-19; el Decreto-ley 8/2020, de 16 de julio, de la Región de Murcia; el Decreto-ley 7/2020, de 23 de julio, de Castilla y León (modificado por el Decreto-ley 2/2021, de 25 de marzo); el Decreto-ley 11/2020, de 24 de julio, de Valencia, el Decreto-ley 21/2020, de 4 de agosto, de Andalucía; el Decreto-ley 14/2020, de 4 de septiembre, de Canarias; o, en fin, el Decreto-ley Foral 9/2020, de 16 de septiembre, etc., todos ellos con títulos muy similares.

que establecieran su propio régimen de infracciones y sanciones, que es de lo que paso a ocuparme a continuación.

VI. LA POSIBILIDAD DE QUE LOS REALES DECRETOS QUE DECLARAN EL ESTADO DE ALARMA INCLUYAN SU PROPIO RÉGIMEN SANCIONADOR

19. Para tratar de evitar estos y otros problemas que están planteando las sanciones en el estado de alarma, cabe plantearse si los Reales Decretos que lo han declarado podrían establecer su propio régimen sancionador y con qué alcance. La respuesta, en mi opinión, es que tales normas no solo podrían haber previsto su propio régimen sancionador, sino que incluso deberían haberlo hecho para evitar tanta inseguridad y confusión. Veámoslo.

20. Los Reales Decretos que declaran el estado de alarma podrían haber incorporado su propio régimen sancionador porque no hay ningún obstáculo constitucional o legal que se lo impida (12). El TC tiene señalado que el Real Decreto por el que se declara el estado de alarma «es una disposición con rango o valor de ley», pues la decisión gubernamental que declara el estado de alarma no se limita a constatar el presupuesto de hecho habilitante de la declaración ni tampoco a la mera declaración de tal estado, sino que tiene un «contenido normativo o regulador» que establece «el concreto estatuto jurídico del estado que declara», esto es, «dispone la legalidad aplicable durante su vigencia» y constituye, también, «fuente de habilitación de disposiciones y actos administrativos», de modo que, junto al artículo 116.2 CE y la LOAE, integra «el sistema de fuentes del derecho de excepción» y desplaza «la legalidad ordinaria en vigor», incluidas leyes, normas o disposiciones con rango de ley, cuya aplicación puede suspender o desplazar durante la vigencia del estado de emergencia de que se trate» (13).

21. Se trata, seguramente, de una decisión discutible desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva, pues de ese modo se evita que los particulares puedan recurrir directamente contra los referidos Reales Decretos (14). Pero, ese es el rango y valor que tienen hoy según el intérprete supremo de la CE. De ese modo, si la LOAES no lo prohíbe expresamente y los referidos Reales Decretos tienen rango y valor de ley y, por tanto, cumple la garantía formal del principio de legalidad (art. 25.1 CE), no veo ningún obstáculo constitucional a que tales normas puedan prever su propio régimen sancionador ni tampoco legal, pues lo contrario

(12) Es cierto que la LOEAES, cuando regula el estado de alarma, no alude a las sanciones a imponer, cosa que sí hace su artículo 13 respecto del estado de excepción, al disponer que la solicitud del Gobierno al Congreso para que autorice la declaración de dicho estado debe contener, entre otras medidas, «la cuantía máxima de las sanciones pecuniarias que la autoridad competente podrá imponer a quienes contravengan las disposiciones que se dicten durante el estado de excepción» (por cierto, ¿por qué este comportamiento no es desobediencia a la autoridad?). Pero esa falta de previsión puede deberse, simplemente, a que, en este caso, no hay que pedir autorización alguna al Congreso y éste puede luego incluirlas si autoriza expresamente su prórroga.

(13) ATC 7/2012, FJ 4, STC 83/2016, FFJJ 9 y 10 y sentencia del TC de 14 de julio de 2021, FJ 2..

(14) Como puede verse, por ejemplo, en la STS de 20 de noviembre de 2020 (rec. 140/2020) o en el reciente ATS de 8 de marzo de 2021 (rec. 124/2020).

supondría exigir que una Ley orgánica tuviera que habilitar a una norma con rango de ley la previsión de su propio régimen sancionador, lo que, en modo alguno, cabe deducir de la CE.

22. Negar que los Reales Decretos que declaran la alarma puedan regular su propio régimen sancionador supone, además, incurrir en varias incoherencias, cuando no contradicciones. Primera: no se permitiría que una norma, que limita o condiciona importantes derechos fundamentales como la libertad de circulación o de reunión, estableciese castigos o sanciones cuya incidencia en los derechos de los particulares es mucho menor (particulares, por cierto, que, en este caso de las sanciones, son incumplidores o actúan al margen del Derecho). Segunda: negaríamos la posibilidad de que una norma con rango de ley, que según el TC determina la legalidad aplicable durante la vigencia del estado que declara y desplaza en su aplicación a las normas en vigor que se le opongan, pudiera establecer el régimen sancionador aplicable a la legalidad que dispone, cuando sí se admite, sin embargo, que miles de ordenanzas municipales, que carecen de aquel rango o valor, tipifiquen infracciones y determinen sanciones con unos criterios de antijuridicidad en la LBRL que no se muy bien como calificar, y que constituyen un claro desprecio a la reserva de ley en la materia. Todo ello, dicho sea de paso, con la bendición de la doctrina mayoritaria y del propio TC. Y tercera: parece claro que un Decreto-ley puede establecer el régimen sancionador del estado de alarma, ya que el TC ha admitido su idoneidad para tipificar infracciones y sanciones (STC 3/1988), con lo cual, paradójicamente, un Decreto-ley puede hacer lo que negamos al Real Decreto de alarma, a pesar de que éste puede incidir y afectar a derechos fundamentales que están vedados a la norma (el Decreto-ley) que, sin embargo, le serviría de soporte sancionador.

23. Los Reales Decretos de alarma no solo podrían haber establecido su propio régimen sancionador, sino que, además, deberían haberlo hecho, en vez de remitir genéricamente a las leyes la sanción por su incumplimiento. La tipificación de las infracciones y sanciones en los propios Reales Decretos constituye, en efecto, la opción que mejor se acomoda a los derechos de la ciudadanía, la más respetuosa con la seguridad jurídica y la más eficaz desde el punto de vista sancionador. En efecto, con la inclusión de un régimen sancionador en el propio Real Decreto, los ciudadanos (y los funcionarios, incluidos los jueces) sabríamos con certeza, de forma inmediata, y sin necesidad de acudir a otras leyes o rastrear el ordenamiento jurídico, lo que está prohibido o es ordenado, y las consecuencias que acarrea su incumplimiento o transgresión. Esto es, el mensaje prescriptivo o prohibitivo y el punitivo o sancionador aparecerían conjuntamente y así serían interiorizados de inmediato por el destinatario de la norma, lo que desde el punto de vista de la finalidad preventiva o disuasoria de las sanciones resulta, sin lugar a dudas, mucho más eficaz.

Con las remisiones, sin embargo, a las que tan (mal) acostumbrados estamos en el ámbito sancionador, ambos mensajes se escinden y aunque el ciudadano, cuando se enfrenta a una norma prohibitiva o de mandato, intuya que su incumplimiento puede aparejar un castigo o sanción, para saberlo con certeza ha de acudir a otras leyes que, en el caso que nos ocupa, ni siquiera la Administración del Estado sabía inicialmente cuáles son.

VII. LA NECESIDAD DE UN RÉGIMEN SANCIONADOR PROPIO DE LAS SITUACIONES DE EMERGENCIA

24. Aunque los Reales Decretos de alarma podrían y deberían haber previsto su propio régimen de infracciones y sanciones, quien realmente debería haber introducido un adecuado régimen sancionador para las situaciones de emergencia es la propia LOEAES. Un régimen sancionador que, respetando, como es obvio, las garantías constitucionales de las sanciones, podría separarse en algunas cuestiones del régimen general.

25. La LOEAES debería tipificar las infracciones que pueden cometerse durante la declaración de tales estados, recurriendo para ello a la técnica de las normas sancionadoras en blanco. De este modo, dicha Ley debería tipificar como infracción el incumplimiento de los mandatos y prohibiciones que contienen los Reales Decretos que declaran la alarma o las disposiciones dictadas en su aplicación. Los Reales Decretos lo que harían después es, simplemente, introducir las normas de conducta que pasarían a integrarse en ese supuesto de hecho de las normas sancionadoras, pero especificando que su incumplimiento constituye una infracción administrativa de conformidad con el precepto de la LOEAES de que se trate (15). La propia Ley también debería tipificar como infracción la desobediencia a las órdenes impartidas por las autoridades competentes o sus agentes durante la alarma o, cuando menos, precisar las leyes con arreglo a las cuales tales comportamientos son sancionables. Junto a todo ello, deberían preverse las concretas sanciones a imponer en función de la gravedad de los comportamientos, los criterios de graduación de las sanciones, los sujetos responsables, etc.

26. También cabe plantear la posibilidad de introducir algunas especialidades procedimentales que se justificarían por razones de eficacia e inmediatez en la reacción ante infracciones que se cometen en masa, como, por ejemplo, que la notificación en el acto de las denuncias de los agentes de la autoridad iniciase el procedimiento sancionador, la previsión de un procedimiento abreviado como, por ejemplo, el que existe en el sector del tráfico rodado (que está mejor regulado que el de la legislación de procedimiento administrativo común), los órganos competentes para instruir y sancionar, etc.

27. La Ley debería precisar, igualmente, que, durante la vigencia de alguno de los estados declarados, no resulta de aplicación la técnica de las infracciones continuadas (art. 29.6 LRJSP), pues no parece lógico que se pueda esgrimir, como seguramente se hará, que, «en aplicación de un plan preconcebido y aprovechando idéntica ocasión», se incumplen a diario las prohibiciones establecidas durante las situaciones de emergencia. Por último, y al tratarse de normas sancionadoras temporales, se debería precisar, también, que no cabe invocar en el futuro la retroactividad *in bonus*, pues sería absurdo que, cuando terminase el estado de alarma, excepción o sitio declarado, se pretenda la aplicación de las normas vigentes que ya no tipifican tales incumplimientos como infracción, pues el Derecho seguirá valorando negativamente después los incumplimientos realizados antes.

(15) Es la denominada cláusula de remisión inversa o retorsión que el TC exigió en su sentencia 341/1993, sobre la LOPSC de 1992, y de la que se ha olvidado en su jurisprudencia ulterior.

28. El artículo 1.3 de la LOAES, sin embargo, parece consagrar todo lo contrario, pues dispone expresamente que: «Finalizada la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio decaerán en su eficacia cuantas competencias en materia sancionadora y en orden a actuaciones preventivas correspondan a las Autoridades competentes, así como las concretas medidas adoptadas en base a éstas, salvo las que consistiesen en sanciones firmes».

Este precepto, interpretado en su literalidad, puede generar aún más confusión y conducir a la absurda situación de que ninguna sanción pudiera imponerse por las autoridades competentes durante cualquiera de los estados que la Ley regula o a que ninguna de las sanciones que impusieran resultara ejecutiva y eficaz, ya que ninguna alcanzaría firmeza (ni siquiera en vía administrativa) durante la vigencia de tales estados. Pero, en realidad, según la enmienda presentada en su momento, lo único que se pretendía con la inclusión de dicho apartado era dejar clara una obviedad (y de ahí los reparos que hubo a su inclusión): establecer «cuál es el alcance temporal del estado de excepción, de alarma o de sitio», evitar situaciones «como la de que un funcionario que no sepa que finalizado un estado de alarma las competencias que se le habían otorgado, o que se le habían conferido, no necesitan una orden expresa de revocación o cesación sino que, automáticamente, a partir de aquel momento, las competencias y facultades extraordinarias dejan de existir», pues en «el mismo momento en que pierde su vigencia el estado excepcional, deben también cesar, automáticamente, todas las consecuencias de orden personal, institucional u organizativo que se hayan adoptado»; en definitiva, que «cuando se trata de una ley de excepción y cesa la razón de la ley, cesa la ley misma, según un viejo aforismo latino» (16).

29. De este modo, lo que el precepto quiere decir (aunque lo diga mal) es que si las autoridades competentes durante tales estados han impuesto sanciones, y tales sanciones han devenido firmes, se imputan a las autoridades competentes a todos los efectos (por ejemplo, a efectos de su revisión de oficio o ejecución), mientras, que si no lo son, la competencia para tramitar los procedimientos sancionadores, imponer las sanciones procedentes o resolver los eventuales recursos administrativos retornaría a las autoridades ordinarias a las que aquéllas hubieran sustituido. Repárese en que lo que el referido precepto establece es que, una vez finalizada la vigencia de los estados de emergencia, las medidas adoptadas por las autoridades competentes durante el estado de que se trate «decaerán en su eficacia», porque en su eficacia decaen también las competencias otorgadas a tales autoridades en materia sancionadora, pero no que se haya extinguido la responsabilidad sancionadora en la que se hubiere podido incurrir durante la vigencia de tales estados o que carezca de validez todo lo actuado hasta ese momento, y, ni siquiera, que desaparezcan los efectos ya producidos por esas medidas durante la vigencia de tales estados.

30. En cualquier caso, hay que tener en cuenta que el artículo 1.3 LOEAES no resulta aplicable al régimen sancionador de los estados de alarma que estamos analizado porque durante su vigencia la autoridad competente para sancionar no ha sido el Gobierno como autoridad delegada ni los ministros que fueron sido desig-

(16) Las palabras entrecomilladas son de la enmienda núm. 230 presentada por el Grupo Socialista y de la defensa del dictamen de la Comisión, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 160, 1981, pp. 9889-9890.

nados autoridades competentes delegadas en el primer Real Decreto o los Presidentes de las CCAA en el Real Decreto actual. Y no tiene tampoco por qué resultar aplicable en el futuro, incluso el supuesto de que los Reales Decretos que declaren el estado de alarma previeran su propio régimen sancionador, ya que la imposición de las sanciones la pueden atribuir perfectamente a las autoridades ordinarias y no a las competentes durante la vigencia de dicho estado, que sería lo más apropiado para evitar interpretaciones literales y absurdas de dicho precepto hasta que sea derogado, que es lo que debería hacerse cuanto antes.

VIII. CONCLUSIÓN

31. La crisis de la COVID-19 está poniendo al descubierto numerosas carencias de nuestro Derecho para hacer frente a situaciones de emergencia como la actual, entre ellas, y además de la necesidad de modificar la legislación sanitaria y de salud pública, que es precisa una nueva Ley orgánica que regule de forma más precisa y adecuada los diferentes estados que contempla el artículo 116 de nuestra Constitución. Un nueva Ley que incluya ella misma, también, los aspectos generales del régimen sancionador durante los estados de emergencia que regula, estableciendo, de ese modo, un marco general o común del régimen sancionador en el Derecho de excepción y que, de paso, suprima cuanto antes la absurda previsión que contiene el referido artículo 1.3 de su actual regulación.

Junto a esa necesidad cabe extraer una enseñanza más: que los Reales Decretos que declaran el estado de alarma se pueden hacer mejor, mucho mejor, de modo que sus normas, si realmente quieren ser útiles y servir de guía a los ciudadanos, no sean tan vagas e imprecisas ni susceptibles de ser interpretadas de manera tan diversa por quienes ostentan el ejercicio del poder y, desde luego, que no dejen sumidos a los ciudadanos, a los que se les restringen gravemente sus derechos fundamentales, en la inseguridad más absoluta acerca de las consecuencias punitivas de sus acciones y omisiones durante la vigencia de dicho estado. En un Estado de Derecho, incluso en situaciones de emergencia, los ciudadanos tienen derecho a saber por qué se les sanciona y en qué consiste cada concreto castigo o sanción.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CANO CAMPOS, T., *Sanciones administrativas*, Madrid, Lefebvre, 2018.
- «Las sanciones en el estado de alarma», en Rebollo Puig, M., Huergo Lora, A., Guillén Caramés, J., Cano Campos, T. (dirs.), *Anuario de Derecho administrativo sancionador*, 2021, Civitas, Cizur Menor.
- CRUZ VILLALÓN, P., «El nuevo derecho de excepción (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2, mayo-agosto, 1981, pp. 93-128.
- HERNÁNDEZ MARÍN, R., *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, 5.^a ed., Madrid, Tecnos, 2012.

SANCIONES ADMINISTRATIVAS

- REBOLLO PUIG, M., *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, INAP, Madrid, 1989.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., «Notas sobre el ejercicio de las potestades normativas en tiempo de pandemia», en D. Blanquer Criado (coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 207-239.
- VELASCO CABALLERO, F., «Estado de alarma y distribución territorial del poder», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87, 2020, pp. 78-87.

DERECHO PENAL Y CORONAVIRUS: ALGUNOS PROBLEMAS DE IMPUTACIÓN

Manuel CANCIO MELIÁ y Marta PANTALEÓN DÍAZ*

Resumen

El objetivo de este trabajo es analizar los presupuestos de la posible imputación de responsabilidades penales en relación con contagios de coronavirus. Se estudian dos grandes grupos de casos: el de los contagios individuales y el de los que se producen (o se gestionan) en el marco del sistema socio-sanitario. En el primero de estos planos, se analizan, por un lado, los requisitos para calificar una determinada interacción contagiosa como conducta típica de homicidio o lesiones; y, por otro, los criterios para la imputación a tal conducta –en su caso– de los resultados lesivos producidos. Por otro lado, la atribución de responsabilidad penal en el marco de las instituciones del sistema socio-sanitario plantea dos grupos de problemas adicionales: el de la individualización de la responsabilidad en estructuras organizativas complejas y el de la posible justificación por estado de necesidad en situaciones críticas de escasez de recursos.

Palabras clave

Coronavirus, responsabilidad penal, homicidio, lesiones, responsabilidad médica, imputación objetiva, organizaciones complejas, triaje, estado de necesidad.

Abstract

It is the aim of this paper to analyse the potential criminal-liability outcomes related to the transmission of coronavirus. Two groups of situations are studied: the ones concerning individual transmissions and the ones related to transmissions that take place in (or are managed by) the socio-sanitary system. As regards the former, we analyse, on the one hand, the conditions subject to which a certain contagious interaction can be deemed constitutive of manslaughter or a non-fatal offence against the person; on the other, the criteria according to which harmful effects be considered causally connected to such criminal conducts.

* Respectivamente, Catedrático de Derecho Penal y Ayudante en el Área de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid.

Additionally, the attribution of criminal liability within the institutions of the socio-sanitary system gives rise to two further issues: the individualisation of responsibility within complex organisational structures; and the possibility to justify some of the aforementioned kinds of conduct on the grounds of necessity, due to the scarcity of sanitary resources.

Keywords

Coronavirus, criminal liability, manslaughter, non-fatal offences against the person, medical liability, legal causation, complex organisations, triage, necessity.

SUMARIO: I. Introducción. 1. Puntos de partida. 2. Infracciones criminales de aplicación. 3. Problemas de imputación. II. Contagios individuales. 1. Problemas de tipicidad e imputación objetiva. 2. Riesgo típico. 3. Autorresponsabilidad. 4. Imputación del resultado. III. Contagios en el sistema sociosanitario. 1. Organizaciones complejas. 2. Situaciones de crisis y estado de necesidad. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

EN primer lugar, hemos de plantear cuáles son las hipótesis fácticas que pueden dar lugar a posible responsabilidad penal, cuáles podrían ser los delitos que resultaran de eventual aplicación, y cuáles son los problemas de imputación que cabe prever que se generarán.

1. PUNTOS DE PARTIDA

Por las noticias que van apareciendo sobre posibles procedimientos penales en marcha en relación con los efectos adversos del virus SARS-CoV-2 que genera la enfermedad COVID-2019, cabe pensar que se tratará sobre todo de dos clases de constelaciones de casos las que se discutan ante los tribunales penales: por un lado, supuestos en los que en un contacto persona a persona, una de ellas le transmite a otra el coronavirus. Por otro lado, supuestos en los que en el marco del sistema socio-sanitario, se produce un contagio del virus o no se evita un curso lesivo derivado del contagio respecto de un paciente. En el primer ámbito hay que pensar en casos en los que quien contagia lo hace infringiendo una norma administrativo-sanitaria. En el segundo ámbito, puede tratarse, por un lado, de supuestos en los que la gestión de una institución socio-sanitaria no incorpora, como hubiera sido preceptivo, determinadas medidas de prevención de los contagios, y estos se producen. Por otro lado, cabe imaginar casos en los que, estando en curso la enferme-

dad, no se toman las medidas de tratamiento disponibles que podrían haber evitado un curso grave.

Obviamente, para siquiera pensar en una posible responsabilidad penal, en primer lugar, la transmisión (o la capacidad de evitación de daños de la medida omitida) debe ser susceptible de prueba; en segundo lugar, es necesario que la transmisión genere algún impacto en la persona que resulte contagiada, esto es, que desarrolle la enfermedad, de modo que pueda producirse un resultado que integre una infracción criminal, y, en tercer lugar, es necesario que el contagio causado (o la no evitación de un curso desfavorable de la enfermedad) sea –digamos de momento– penalmente ilícito.

De este modo, las consideraciones que siguen quedan limitadas a situaciones concretas en las que las actuaciones concretas de personas concretas llevan posiblemente a lesiones en otras personas igualmente concretas. Quedan fuera de análisis –porque no podrían dar lugar a responsabilidad penal, a nuestro juicio– las políticas públicas que han creado el marco general en el que pueden desarrollarse posibles cursos lesivos concretos, en particular, por un lado, las medidas que se hayan tomado u omitido que pudieron hacer llegar el virus hasta territorio español o potenciar su difusión inicial, o, por otro lado, las decisiones que hayan determinado que el sistema sanitario no contara con los medios materiales y humanos necesarios para poder haber ofrecido una respuesta más efectiva a la pandemia y evitar así muertes y cursos graves de la enfermedad.

Como se verá, las dos constelaciones de casos básicas a analizar generan dos órdenes de problemas para el análisis jurídico-penal: por un lado, se trata de la determinación de si una determinada conducta, o el resultado que causa (o no evita), puede integrar la tipicidad, la definición general de una conducta delictiva. Por otro lado, una vez afirmado el carácter típico de una conducta, en situaciones de conflicto, si el comportamiento que produce el resultado mediando la enfermedad puede quedar justificado (en este ámbito, por la concurrencia de un estado de necesidad).

2. INFRACCIONES CRIMINALES DE APLICACIÓN

A. Lado objetivo

En primer lugar, es necesario tener en cuenta que no todos los contagios por coronavirus redundan necesariamente en la producción de un resultado penalmente típico. Esto no será así, para empezar, si –como parece ser lo más habitual en la práctica– la persona contagiada por el autor no llega siquiera a desarrollar la enfermedad (el caso de los llamados «asintomáticos»): incluso el tipo más leve de lesiones (1) (el tipo atenuado del art. 147.2 CP) exige que se haya «menoscabado la integridad corporal o la salud física o mental de la víctima». La pena del tipo básico de lesiones (art. 147.1 CP) se reserva para los casos en que «la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico». Cabe suponer, por tanto, que la inmensa mayoría de

(1) *Vid.* sobre lo que sigue CANCIO MELIÁ, M., «Lesiones», *Memento Penal 2021*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, núms. 7354-7362, 7382-7400, 7422-7435.

infecciones por coronavirus hayan causado, a lo sumo, lesiones del artículo 147.2 CP; con la importante limitación que supone, en este contexto, el que este tipo de conductas no se castiguen a título de imprudencia (art. 152 CP).

En los casos más graves (todos los que requieren hospitalización) resultaría aplicable, según las circunstancias concretas del caso, el tipo básico de lesiones del artículo 147.1 CP o agravado por provocar una «grave enfermedad somática» (art. 149.1 CP); tipo en el que probablemente encajarían todos los supuestos de ingreso prolongado en la UCI y los casos de *long-covid*. La modalidad imprudente de estas dos clases de lesiones sí que resulta punible (art. 152 CP). Por supuesto, si la enfermedad condujera finalmente a la muerte, resultaría aplicable el tipo de homicidio (art. 138 o, más frecuentemente, 142 CP) (2). En determinados casos, podrían incluso resultar de aplicación los tipos agravados de homicidio y lesiones introducidos a través de la LO 2/1029 en los artículos 142 bis y 152 bis CP, reservados expresamente para supuestos en los que una conducta de «notoria gravedad» –en atención a la «singular entidad y relevancia del riesgo» y del «deber normativo de cuidado infringido»– da lugar a una pluralidad de víctimas.

B. Lado subjetivo

Parece claro que –ya por cuestiones de prueba– en el lado subjetivo de las conductas relevantes habrá que hablar normalmente de comportamientos imprudentes. Sin embargo, lo cierto es que en algunos supuestos de especial intensidad del conocimiento del riesgo (el sujeto activo conocía que estaba infectado con el virus, y que se encontraba en la fase de mayor capacidad de contagio) y de especial intensidad objetiva del génesis de riesgo conocida por el autor –el sujeto activo mantuvo un contacto especialmente estrecho y prolongado con la persona que resulta contagiada (por ejemplo, pasando la noche con ella en un mismo lecho y manteniendo relaciones sexuales con intercambio de fluidos corporales), o la persona contagiada es especialmente susceptible de resultar contagiada (por ejemplo, es una persona inmunodeprimida)–, no cabe descartar que concurra al menos dolo eventual, esto es, conforme a la definición mayoritaria, que conociera el riesgo objetivo que estaba generando y que, a pesar de ello, llevara a cabo la conducta. De este modo, se abre una puerta para una posible responsabilidad a título de tentativa, esto es, a responsabilidad penal, aunque no se produzca el resultado lesivo (muerte o lesiones), o no pueda acreditarse la relación entre la conducta y éste.

(2) En estos supuestos, el único problema de delimitación típica entre la «grave enfermedad» (art. 149.1 CP) y el homicidio tendría lugar si la muerte se produjera años más tarde del contagio, si bien como consecuencia (directa o indirecta) de la infección por coronavirus; algo que, por razones más que evidentes, todavía pertenece al terreno de las hipótesis. Respecto de este grupo de casos, que se han discutido con especial intensidad –aunque no solo– en relación con el VIH, *vid.*, por todos, SILVA SÁNCHEZ, J.-M., «Sobre la relevancia jurídico-penal de la no-inmediatez en la producción del resultado», *Estudios penales en memoria del Profesor Agustín Fernández-Albor*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1989, pp. 677-687; CANCIO MELIÁ, M., *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, pp. 98-99; PEÑARANDA RAMOS, E., «Homicidio», *Memento Penal 2021* (2020), nms. 6957-6961; ROXIN, C./GRECO, L., *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5.^a ed., C. H. Beck, Múnich, 2020, pp. 1198-1199.

3. PROBLEMAS DE IMPUTACIÓN

Una vez presentados los supuestos de hecho que pueden llegar a ser jurídicopenalmente relevantes y vistas cuáles pueden ser las infracciones criminales a aplicar, cabe plantear cuáles serán los problemas jurídico-dogmáticos que podrán presentarse en la imputación de comportamientos y resultados que forman parte de los delitos relevantes.

En este ámbito, pueden identificarse los siguientes problemas: en primer lugar, deberá examinarse si, más allá de haber causado el contagio, el comportamiento enjuiciado supone un riesgo típicamente relevante del delito de lesiones o de homicidio. También una conducta que se atenga perfectamente a todas las normas de cuidado establecidas por el Derecho sanitario puede causar un contagio. Por otra parte, puede ser que un comportamiento infrinja una norma sanitaria, pero el *telos* de esta no esté orientado a la evitación de contagios concretos. En ambos casos, no podrá hablarse de que concurra un comportamiento objetivamente imputable; se tratará de una mera causación que no genera responsabilidad criminal. Tampoco habrá un comportamiento típicamente relevante si, habiéndose generado un riesgo en principio relevante por el posible sujeto activo, la persona que resulta lesionada asumió de modo autorresponsable el riesgo generado por el otro sujeto. Finalmente, en este ámbito, si el comportamiento se produce en el contexto de una organización, deberá determinarse qué personas realmente resultan responsables del control del curso causal.

En segundo lugar, también en el plano de la tipicidad, puede suceder que habiéndose causado el contagio creando un riesgo típicamente relevante, en cambio, el curso causal que lleva al resultado lesivo no sea objetivamente imputable.

En tercer lugar, una vez establecido que hubo una conducta que integra un tipo penal, también pueden plantearse problemas de imputación derivados de la existencia de una situación de conflicto. Así, puede haberse presentado una situación en la que sencillamente no fuera posible (por la ausencia de medios materiales) evitar la realización de conductas típicamente relevantes, so pena de suspender toda atención médica. En segundo lugar, ha habido situaciones en las que, en un caso concreto, un responsable sanitario tuviera que tomar la decisión de asignar un único concreto recurso médico para combatir la enfermedad a uno entre varios pacientes que lo necesitaban.

II. CONTAGIOS INDIVIDUALES

1. PROBLEMAS DE TIPICIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA

Los tipos penales que resultan aquí relevantes son muy pobres en su descripción típica, son tipos prohibitivos de causar en los que los verbos típicos no circunscriben, en realidad, el ámbito de la infracción en cuestión, su alcance típico. En consecuencia, es obviamente necesaria una aproximación normativa que restrinja el alcance de los comportamientos relevantes (y de los resultados a ellos

asociados) en el plano de la tipicidad a lo que es el significado social y jurídico de «matar» o «lesionar».

En el momento actual, esta tarea es llevada a cabo en la doctrina científica y en la jurisprudencia españolas (y en las de muchos países de nuestro entorno, en Europa y América) a través de la teoría de la imputación objetiva (3). Esta doctrina suele condensarse en la siguiente fórmula: el tipo de un delito de resultado solo queda cumplido cuando la conducta sometida a análisis i) ha generado un «riesgo jurídicamente desaprobado» y ii) este riesgo se ha «realizado en el resultado». Partiendo de esta fórmula de aplicación, a pesar de concurrir una relación de causalidad entre conducta y resultado, hay que negar la concurrencia de la tipicidad, por ausencia del primero de los elementos –una creación desaprobada (penalmente típica) de un riesgo–, por ejemplo, en los casos en los que se trata de un riesgo general de la vida (por ejemplo, causar la muerte por la transmisión del virus que causa un resfriado común) o cuando se ha cumplido mediante la conducta con las normas primarias –jurídicas, técnicas o sociales– que circunscriben la génesis de un riesgo permitido (por ejemplo, cuando el contagio se produce a pesar de haberse respetado todas las normas sanitarias aplicables). En cuanto al segundo elemento –la realización del riesgo–, éste falta, por ejemplo, cuando es otro curso causal distinto del sometido a análisis el que acaba de generar el resultado lesivo.

En el primero de estos niveles de análisis, ha de comprobarse que la conducta en cuestión responde a los parámetros normativos generales del tipo objetivo. Desde el punto de vista aquí adoptado, estas características generales pueden resumirse en tres instituciones dogmáticas: «riesgo permitido», «prohibición de regreso» e «imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima.» Estas instituciones deben entenderse no como puntos de vista aislados, sino como verdaderos escalones sucesivos de análisis: el orden de examen responde a una clasificación progresiva de lo más genérico a lo más específico; en cada una de las instituciones van introduciéndose más datos del contexto del comportamiento enjuiciado. La comprobación sucesiva de estos escalones de análisis conduce, en caso negativo (no hay ni riesgo permitido, ni prohibición de regreso, ni imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima), a la afirmación de la tipicidad del comportamiento.

2. RIESGO TÍPICO

Puede decirse que hay un consenso fundamental –si bien con múltiples diferencias en la configuración concreta– a la hora de aceptar que en el marco de la realización de actividades arriesgadas existen determinados espacios que ya desde un principio no se hallan abarcados por las normas penales de comportamiento por responder a una configuración vital que es tolerada de modo general; las conductas realizadas en ese marco están cubiertas por un «riesgo permitido».

(3) Vid. solo JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1996, *passim*; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10.^a ed., Reppertor, Barcelona, 2016, pp. 241 ss.; ROXIN/GRECO, *AT*⁵ [2020], § 11.

Bajo este rótulo se agrupan dos grandes grupos de casos (4): *por un lado*, aquellos supuestos en los que una actividad generadora de riesgos es permitida en determinadas circunstancias, bien existiendo una reglamentación expresa (por ejemplo: el tráfico rodado, el funcionamiento de industrias, la realización de competiciones deportivas, etc.) o sin tal reglamentación jurídica (las «normas de cuidado» conocidas del delito imprudente: los supuestos de *lex artis* en la actividad médica, en la construcción, etc.). *Por otro lado*, sin embargo, también deben incluirse aquí aquellos supuestos en los que el elemento preponderante es la normalidad social de la conducta generadora de riesgo, sin que exista una reglamentación en términos cuantitativos de «niveles de riesgo» medidos en velocidades, emisiones, estándares explícitos de conducta, etc. En este contexto, se suele hablar, según los casos, de que no concurre un «riesgo jurídicamente relevante» —especialmente, en las actividades socialmente normales o con una conexión muy débil con el posterior resultado— o que se trata de un «riesgo permitido» —especialmente, cuando se trata de una actividad que genera riesgos, pero está permitida de modo general—, de manera que la conducta en cuestión, en última instancia, conlleva un riesgo que no es típicamente relevante.

En el ámbito que aquí interesa, puede haber muchos supuestos de transmisión en los que la conducta que la produce no forma parte de un riesgo típicamente relevante. Desde luego, cuando el sujeto ha respetado todas las normas de precaución establecidas por la normativa sanitaria, y, a pesar de ello, se produce un contagio. Y tampoco la infracción de normas administrativas determina necesariamente la existencia de un riesgo penalmente relevante. A diferencia del sector de regulación en los que los ordenamientos primarios generan la misma definición del delito (*mala prohibita*), como los delitos contra el medio ambiente, en los que el tránsito de lo administrativamente prohibido a lo prohibido por la Ley penal suele ser más sencillo, en las infracciones que afectan a bienes jurídicos individuales como las que aquí interesan (*mala in se*), de acuerdo con la opinión dominante, la infracción de normas administrativas, aquí, sanitarias, no supone más que *un indicio* de una posible relevancia penal del riesgo en cuestión.

Así, por ejemplo, si un sujeto infringe una norma sanitaria de cierre perimetral, pero, por lo demás, observa las reglas de distanciamiento y ubicación, y se produce un contagio, no podrá afirmarse que el *telos* de la norma administrativa (control epidemiológico) integre el riesgo típico (matar, lesionar) del tipo penal. Infringiéndose una norma que de modo aparente está directamente dirigida a la evitación de contagios, como, por ejemplo, la relativa a la limitación de comensales en una misma mesa dentro de un local, también puede suceder que —respetándose las demás normas de distanciamiento social, etc.— el fin de protección de la norma administrativa no sea más que de limitación de las probabilidades de contagio, de manera que la génesis de los aerosoles que produce el concreto contagio también podría haberse producido de haberse sentado la persona en cuestión en la mesa contigua. En este caso, tampoco puede decirse que la conducta ilícita para la normativa sanitaria integre un riesgo típicamente relevante en el plano del Derecho penal.

(4) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Riesgo permitido y leyes penales en blanco», en: Acevedo, N./ Collado, R./Mañalich, J. P. (coord.), *La Justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga*, Thomson-Reuters, Santiago de Chile, 2020, pp. 29 ss.

3. AUTORRESPONSABILIDAD

La tercera y última institución de la imputación del comportamiento se refiere a la relevancia que puede tener para la tipicidad de la conducta de un sujeto que en la realización de la misma haya intervenido de algún modo el sujeto que resulta lesionado posteriormente, la «víctima» (al menos aparente) de ese comportamiento. Bajo determinadas circunstancias, esta intervención puede afectar a la calificación que merece la conducta del primer sujeto, eliminando su carácter típico, al entrar lo sucedido en el ámbito de responsabilidad de la víctima (5).

Realizando una primera ordenación del material de casos, puede decirse que en los últimos tiempos han atraído la atención de la doctrina jurídico-penal en este contexto sobre todo dos grupos de casos. *Por un lado*, supuestos en los que en la génesis del riesgo que acaba lesionando a la víctima han intervenido tanto la víctima como el autor. A este respecto, se han planteado, por ejemplo, los casos en los que se hace entrega a alguien de una determinada cosa o sustancia –por ejemplo, de un medicamento, de una máquina o de una sustancia estupefaciente–, y el receptor resulta lesionado al hacer uso del objeto o consumir la sustancia. También han despertado mucho interés los supuestos en los que se produce un contagio de una persona a otra de un agente que provoca una enfermedad grave (en particular, del VIH) o las numerosas constelaciones de casos en las que en el tráfico rodado quien resulta lesionado por una colisión se ha comportado de alguna manera de modo descuidado. *Por otro lado*, se han debatido numerosos supuestos en los que la conducta descuidada de la víctima se produce después de un comportamiento del autor que lesiona o pone en peligro los bienes de ésta. Así, por ejemplo, en los casos en los que una víctima lesionada por un ataque doloso del autor descuida sus heridas o se niega a recibir tratamiento médico.

Para abordar el significado de la conducta de la víctima en este contexto, hay que preguntarse, en primer lugar, qué relevancia puede tener que precisamente sea el titular de los bienes afectados el que intervenga junto al autor. La fundamentación de la especial relevancia de la víctima que aquí interesa suele plantearse bajo el rótulo del *principio de autorresponsabilidad*. Entre los extremos metodológicos de una pura deducción de tal «principio de autorresponsabilidad» de premisas axiológicas prejurídicas y una determinación puramente funcional de tal principio dentro del sistema de imputación jurídico-penal, existe también la vía intermedia de constatar las decisiones normativas del ordenamiento jurídico como punto de partida material de la reconstrucción dogmática. En este sentido, el contenido del artículo 10.1 de la Constitución, que establece el «libre desarrollo de la personalidad» como fundamento de la organización social, no puede ser entendido fuera de un sistema en el que está consagrada implícitamente una noción del ciudadano como sujeto autónomo.

Además de la genérica atribución de autonomía a cada sujeto, con el correlativo principio de responsabilidad personal que ésta conlleva, al titular de los bienes jurídicos personales debe atribuírsele una posición especial. Puesto que el sacrificio por parte del propio titular de esos bienes no es reprimido por el Derecho penal,

(5) Vid. CANCIO MELIÁ, M., *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*, 2.ª edición, J. M. Bosch, Barcelona, 2001, pp. 19 ss., 284 ss.

y las intervenciones de terceros en actividades autolesivas es inculpada de modo excepcional por normas especiales, queda al albedrío del titular de esos bienes configurar su actividad vital de tal modo que se genere un riesgo para sus propios bienes. Como correlato de esa libertad de organización arriesgada, será también el titular quien deba asumir de modo preferente los daños que puedan derivar de ella. Como punto de partida previo a la construcción dogmática, por lo tanto, el principio de autorresponsabilidad consiste en el reconocimiento de libertad de organización, y, correlativamente, en la atribución de una responsabilidad preferente al titular de los bienes.

La institución que traduce en términos dogmáticos esta necesidad de tener en cuenta el valor normativo de la autorresponsabilidad en el marco de la teoría de la imputación objetiva puede denominarse «imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima». Esta institución opera en los supuestos en los que el titular de un bien jurídico («víctima») emprende conjuntamente con otro («autor») una actividad que puede producir una lesión de ese bien jurídico. La actividad generadora del riesgo debe ser imputada al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, en la medida en que –en primer lugar– la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima, –en segundo lugar– la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor, por carecer ésta de la responsabilidad o de la base cognitiva necesarias para poder ser considerada autorresponsable, y –finalmente, en tercer lugar– el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima.

En el ámbito que aquí interesa, puede haber, en primer lugar, supuestos en los que quien resulta contagiado ha asumido, conociendo la condición de portador del virus de la otra persona, un contacto estrecho susceptible de producir el contagio. En este caso, parece claro que los tribunales españoles afirmarán que concurre una autopuesta en peligro y que no hay conducta típica por parte de quien contagia a la otra persona. Menos claro puede ser el caso en el que el sujeto que contagia conoce su condición de positivo, la persona contagiada no, pero esta consiente en un contacto de riesgo (por ejemplo: relaciones sexuales en el marco de un encuentro casual, no en el marco de una relación). Desde el punto de vista aquí asumido, también puede excluirse la tipicidad de la conducta. Si se parte de que Coronavirus y COVID-19 son perfectamente conocidos en nuestras sociedades, puede llegarse a afirmar que, en un contacto casual, poco intenso, como el referido, no hay en el hecho de mantener relaciones sexuales una afirmación implícita en el sentido de «y, además, esto no genera ningún riesgo que parta de mí»: lidiar con los riesgos de contagio implícitos en tal contacto sexual es asunto de cada cual. Quien piense que no puede ser correcto que el tipo de homicidio no prohíba la génesis consciente de un riesgo potencialmente mortal, debe hacer el experimento mental correspondiente a la imprudencia inconsciente: si el riesgo de transmitir el virus es solo asunto del portador, deberá afirmarse la posible responsabilidad por homicidio imprudente (o, al menos, por lesiones corporales graves por imprudencia) de quien, debiendo sospechar que puede ser portador (por su vida social previa; por provenir de un determinado territorio con alta prevalencia de la enfermedad, etc.), a pesar de ello mantiene relaciones sexuales u otro contacto que genera riesgo de transmisión.

4. IMPUTACIÓN DEL RESULTADO

Aun en el caso de que, superadas las dificultades anteriores, logre establecerse la creación por parte de un contagiado de un riesgo típico de lesiones u homicidio al tener alguna de las formas de contacto mencionadas con otra persona, su responsabilidad penal presupondrá normalmente (6), además, (i) que se produzca el resultado típico (que la persona en cuestión muera o resulte lesionada de forma subsumible en los arts. 147 ss. CP), (ii) que pueda demostrarse la conexión causal entre el contacto y el contagio, y (iii) que el resultado resulte objetivamente imputable a la conducta típica. Las tres cuestiones son altamente problemáticas. Respecto del primero de los aspectos mencionados, ha de tenerse en cuenta todo lo señalado en el apartado I.2 de este trabajo: las consecuencias lesivas a las que puede conducir un contagio por coronavirus son extremadamente variables, de manera que el hecho en cuestión podrá merecer calificaciones que irán desde la atipicidad (el caso de los «asintomáticos»), hasta los supuestos más graves de homicidio o de lesiones.

Aun cuando se constatare la producción de un resultado típico, el problema quizás más espinoso que se plantearía en la práctica sería el de establecer la relación de *causalidad* entre el contacto de riesgo en cuestión y las consecuencias lesivas: determinar si la interacción objeto de enjuiciamiento fue *una de las condiciones* del contagio y, por ende, del resultado típico (teoría de la equivalencia). No obstante, cuando se combinan con la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, la incertidumbre actualmente existente en torno a los concretos mecanismos de transmisión del virus y la imposibilidad (todavía) de detectar de forma mínimamente certera el origen de cada contagio conducen, en este punto, a problemas probatorios prácticamente irresolubles (7).

Probada más allá de toda duda razonable la relación de causalidad entre contacto de riesgo, contagio y resultado típico –si es que ello resulta posible en el futuro, como lo ha sido respecto del VIH– todavía quedaría superar un escollo final para la apreciación de un delito consumado de homicidio y de lesiones: la imputación objetiva del resultado. Excepciones aparte (8), los casos que aquí interesan no van a plantear problemas de realización del riesgo en sentido estricto: el resultado de lesiones o de muerte será, de ordinario, la materialización

(6) Es decir, salvo en el supuesto –francamente excepcional, como se ha visto– de que pueda afirmarse que el autor actuó con dolo de producir el resultado típico, caso en que podrá responder penalmente por tentativa (arts. 16 y 62 CP).

(7) Las dificultades se vuelven especialmente intensas si, como parece suceder (aunque no hay todavía evidencia científica al respecto), no resulta posible adquirir el virus por el contagio acumulativo de varios portadores –sobredeterminación que permitiría afirmar la causalidad respecto de todos ellos–, sino que se plantea, más bien, un supuesto de causalidad «alternativa»: existe certeza sobre que el contagio ha procedido de «uno» de los contactos infectados de la víctima, pero es imposible determinar de cuál. Sobre la necesidad de absolver penalmente en este grupo de casos, *vid.*, p. ej., SANCINETTI, M. A., *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, pp. 486, 668-669.

(8) Piénsese, por ejemplo, en el paciente contagiado de Coronavirus que muere en un accidente de tráfico de camino al hospital o, una vez ingresado, como consecuencia de un incendio en el edificio, una infección nosocomial o (más cuestionablemente) un error burdo en el tratamiento médico.

precisamente del riesgo en virtud del que la conducta típica se considera jurídicamente desaprobada.

Las dificultades son mucho mayores si se admite, con la inmensa mayoría de la doctrina, que la imputación objetiva del resultado presupone, además de la realización del riesgo en sentido estricto, que aquel se hubiera podido evitar de haber obrado correctamente el autor; es el problema del llamado «comportamiento alternativo conforme a Derecho». Dejando al margen las posiciones, hoy extremadamente minoritarias, que rechazan de plano conceder relevancia a esta consideración (teoría del fin de protección de la norma) (9), actualmente existen dos posturas teóricas en liza en relación con este problema: la teoría de la evitabilidad, mayoritaria en la doctrina (10); y la teoría del incremento del riesgo, minoritaria (11), pero célebremente asumida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su sentencia sobre el caso «Madrid Arena» (12).

De acuerdo con la primera, el resultado solo puede imputarse si se prueba que, con una probabilidad rayana en la certeza, se habría impedido si el autor hubiera obrado correctamente. Ni que decirse tiene que, en contextos como el actual, en el que un contagio por coronavirus es un riesgo *ubicuo*, que no desaparece por mucho que todos los implicados respeten las medidas de seguridad, esta prueba resulta prácticamente imposible. La alternativa es acoger la teoría del incremento del riesgo, conforme a la que ha de imputarse el resultado siempre que no se pruebe que, con práctica seguridad, la conducta alternativa lícita no habría servido para evitarlo. Pero, como ha puesto de manifiesto buena parte de la doctrina, la compatibilidad de esta postura con el principio *in dubio pro reo* resulta francamente cuestionable (13).

(9) Así, señaladamente, SPENDEL, G., «Conditio-sine-qua-non-Gedanke und Fahrlässigkeit-delikt», *Juristische Schulung*, 1964 (1), pp. 17-19; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992, pp. 193-257 (esp. pp. 234-239); y, en sus primeros trabajos, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Reus, Madrid, 1966, pp. 136-143, 156-157, que de un tiempo a esta parte se ha adherido, sin embargo, a la teoría del incremento del riesgo (vid. GIMBERNAT ORDEIG, E., *El comportamiento alternativo conforme a Derecho. De la causalidad a la imputación objetiva*, BdeF, Montevideo/Buenos Aires, 2018, *passim*, esp. pp. 50-51, 76, 83).

(10) Vid., p. ej., JORGE BARREIRO, A., *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 88-90; CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas* (2001), pp. 95-98; LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 208, 218; MIR PUIG, S., *PG*¹⁰ (2016), pp. 309-310.

(11) Su artífice y más famoso defensor es ROXIN (vid., p. ej. ROXIN/GRECO, *AT*⁵ [2020], pp. 496-502) y en España la siguen autores como CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, PPU, Barcelona, pp. 475, 521-528.

(12) STS (2.ª) 805/2017, de 11 de diciembre, FD 20.

(13) Vid., p. ej., CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas* (2001), p. 36; LUZÓN PEÑA, *PG*³ (2016), p. 218; MIR PUIG, *PG*¹⁰ (2016), pp. 209-210; PEÑARANDA RAMOS, E., «Tipo objetivo: causalidad e imputación objetiva», *Memento Penal 2021* (2020), nm. 1435. No lo ha entendido así el Tribunal Constitucional en su sentencia 18/2021, de 15 de febrero, recientemente comentada por SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La no disminución del riesgo en el caso “Madrid Arena”: dogmática, casación y Constitución. Comentario a la STC 18/2021, de 15 de febrero», *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal InDret*, 2/2021, pp. 405-417.

III. CONTAGIOS EN EL SISTEMA SOCIO-SANITARIO

1. ORGANIZACIONES COMPLEJAS

Una especial problemática plantea en el ámbito sanitario el hecho de que en muchas ocasiones las conductas de posible relevancia penal se habrán producido en el contexto de organizaciones complejas (piénsese en un grupo de empresas con varias residencias, o en un gran centro hospitalario) (14). La determinación de la posible responsabilidad de determinadas personas en las esferas de dirección, que son las que toman las decisiones que pueden llevar a contagios –o a la no evitación de cursos graves de la enfermedad–, tropieza con numerosos obstáculos; tanto fácticos (en la obtención de elementos de prueba) como normativos (en lo que se refiere a construir la imputación del concreto suceso a personas concretas en la cúpula de la estructura en cuestión).

Por un lado, en lo que se refiere a las posibilidades materiales de la instrucción de hallar prueba de cargo, es claro que puede resultar difícil, en primer lugar, obtener una imagen real de cómo funcionaban los procesos de toma de decisión dentro de la estructura de la entidad. En muchos casos, la documentación de la actuación de los órganos de gobierno no contendrá ningún indicio de la existencia de una determinada conducta irregular, al no reflejar los procesos de toma de decisión relevantes.

En segundo lugar –si se logra dejar claro que las decisiones tomadas son irregulares en sí mismas, posiblemente delictivas– se intentará desvirtuar o diluir una posible responsabilidad individual del directivo en cuestión en cada caso (y aquí la defensa individual y la de la entidad puede tener intereses contrapuestos): se dirá por su defensa que el directivo solo era «uno más» de los integrantes de los diversos gremios competentes, por encima o por debajo de su posición jerárquica, que aprobaron las medidas en cuestión.

Por otro lado, no solo puede ser difícil concretar los elementos fácticos, sino que sea difícil encontrar acomodo a la subsunción por razones normativas. Entre el responsable en la cúpula y la ejecución concreta del comportamiento típico puede haber múltiples escalones y estructuras que dificulten identificar al concreto responsable de poner en marcha la actuación relevante. En este ámbito, deben deslindarse en el marco de la imputación objetiva del comportamiento aquellos actos de contribución a la génesis del riesgo posiblemente típicos de aquellos otros cubiertos por una prohibición de regreso (acciones neutrales), en los que la responsabilidad no corresponde a quien realiza una primera acción con efectos causales, sino a quien después la transforma en lesiva.

También podrá suceder que el comportamiento posiblemente relevante consista en una omisión. En tal caso, deberá comprobarse que el papel funcional dentro de la estructura de la entidad le atribuye a una determinada persona una posición de

(14) Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, Reus, Madrid, 2007, pp. 155 ss., 184 ss.; PEÑARANDA RAMOS, E., «Autoría y participación en la empresa», en: Valiente Ivañez, V./Corcoy Bidasolo, M./Gómez Martín, V. (ed.), *Fraude a consumidores y Derecho penal: fundamentos y talleres de leading cases*, Edisofer/BdF, Madrid/Buenos Aires, 2016, pp. 235 ss.

garantía respecto de la salud de las personas, de tal modo que pueda entrar en consideración una posible responsabilidad criminal en comisión por omisión (art. 11 CP).

En el ámbito de las conductas imprudentes, se genera en este punto la necesidad de comprobar la cadena de delegaciones de los deberes de supervisión sobre una determinada actividad. Las bases de esta construcción dogmática están en el principio de responsabilidad por actos propios, incluyendo los mecanismos de distribución de tareas que dan lugar a la aplicación del llamado principio de confianza. La comprobación paralela ha de hacerse para los casos de un posible comportamiento doloso, influyendo el superior en su inferior transmitiendo las instrucciones de proceder de modo delictivo desde la cúpula al trabajador sanitario concreto. Como es sabido, la problemática de las responsabilidades penales que se generan en el seno de organizaciones complejas (sea, como es el caso, en una organización sanitaria, sea en empresas u organizaciones de carácter público o criminal) viene marcado decisivamente por el dilema entre, por un lado, lo que se ha llamado «irresponsabilidad organizada», es decir, que la existencia de estructuras complejas en una organización, con múltiples niveles de responsabilidad y toma de decisión, conduzca a que el proceso de decisión delictivo se diluya dentro de la organización; y, por otro, la existencia de una suerte de responsabilidad objetivante, en la que se deduzca la misma del mero hecho de que una persona ocupe un determinado puesto en la cúspide de la entidad, sin necesidad de acreditar ni una conducta indiciariamente relevante ni elementos fácticos que permitan deducir la existencia de los elementos del tipo subjetivo que en cada caso sean de aplicación (como, lamentablemente, se observa en la realidad procesal de nuestro país, en la que es frecuente una suerte de «imputación preventiva» sin previa averiguación de indicios de actuación delictiva, solo con base en la posición –posiblemente formal, no relacionada materialmente con los hechos– que una persona ocupa en una organización).

En el ámbito que nos interesa, será necesario, por lo tanto, conocer tanto la distribución normativa de funciones dentro de la entidad como su ejercicio real en la práctica, para poder establecer en qué medida una persona situada en la esfera de dirección pueda llegar a ser responsable de concretos daños evitables producidos a pacientes o usuarios del sistema socio-sanitario.

2. SITUACIONES DE CRISIS Y ESTADO DE NECESIDAD

Como es de sobra conocido, durante la «primera ola» de la pandemia se han producido situaciones de saturación hospitalaria que han provocado que los sanitarios hayan tenido que tomar decisiones sobre la distribución de recursos sanitarios escasos entre pacientes necesitados. Esta situación de escasez se ha debido al propio carácter masivo e impredecible de la pandemia, pero también, ciertamente, a las políticas de precarización de la sanidad pública desarrolladas durante las últimas décadas, sobre todo en ciertas comunidades autónomas.

Estas decisiones políticas han sido tomadas con plena legitimidad democrática por gobiernos que –con un criterio muy discutible– han concedido prioridad a otros intereses públicos por encima de la sanidad; como tales, se encontraban dentro de su margen de apreciación y no pueden ser ahora objeto de un reproche jurídico-

penal, con independencia de la responsabilidad *política* que pueda derivarse de ellas. El Derecho penal sí puede, en cambio, entrar a valorar las decisiones *concretas* de distribución de los recursos escasos entre pacientes necesitados que han tenido que adoptarse durante la pandemia. Parece claro, en este sentido, que se encuentran cubiertas por el estado de necesidad (art. 20.5.º CP) las situaciones en las que las residencias de ancianos, hospitales, etc. no pudieron tratar a las personas ingresadas en ellos conforme a los protocolos establecidos (aislamiento, uso de equipos de protección individual, etc.), por no disponer de los recursos personales y materiales para ello (15). Los problemas más espinosos comienzan cuando la falta de recursos conduce a denegar el tratamiento a determinados pacientes, con consecuencias eventualmente mortales: cuando dos pacientes se encuentran en una situación de insuficiencia respiratoria que permite pronosticar que morirán si no son intubados, pero solo hay un respirador, ¿a quién se salva y a quién se deja morir?

Las estrategias de triaje sanitario llevadas a cabo para tratar de gestionar del mejor modo posible esta clase de situaciones han reavivado el debate jurídico-penal sobre la justificación por estado de necesidad (art. 20.5.º CP) en situaciones existenciales trágicas: aquellas en las que peligran las vidas de dos o más afectados, pero no pueden salvarse todas a la vez. En el ámbito que aquí interesa, los dilemas que se plantean pueden agruparse en tres grandes escenarios (16). Por un lado, los casos de «traje *ex ante*» se plantean cuando un médico, obligado por dos deberes (de garante) frente a dos pacientes que peligran de morir en caso de no ser inmediatamente atendidos, solo puede salvar a uno de ellos (por ejemplo, porque los dos necesitan ser intubados y solo hay un respirador disponible). Por otro, el «traje *ex ante* preventivo» consiste en denegar a un paciente, respecto del que el médico se encuentra en posición de garante, el acceso a un recurso sanitario escaso (por ejemplo, una cama en la UCI), en aras de dejarlo libre para el previsible ingreso de otro paciente con un pronóstico más favorable; escenario en el que encajaría, probablemente, el ejemplo particularmente extremo de las órdenes de no trasladar a los hospitales a categorías enteras de pacientes (como los habitantes de las residencias de ancianos). Finalmente, el «traje *ex post*» consiste en privar a un paciente de un recurso sanitario escaso ya asignado (por ejemplo, el respirador con el que se encuentra intubado), para emplearlo, con mayores perspectivas de éxito, en el tratamiento de otro paciente.

Los casos de triaje *ex ante* plantean un escenario paradigmático de colisión de deberes: para cumplir su deber de garante de salvar la vida de uno de sus pacientes, el médico tiene que incumplir su deber de garante de salvar la vida del otro. El principio básico de resolución de las colisiones de deberes es el siguiente: si uno de los deberes es *de mayor rango* que el otro, el obligado solo actúa lícitamente cumpliendo el deber de mayor rango; si los deberes son *equivalentes*, puede elegir libremente cuál de los dos cumplir. A partir de aquí, lo que actualmente está siendo objeto de discusión es si, cuando uno de los pacientes tiene mayores *expectativas de supervivencia* que el otro, los deberes de salvarlos son equivalentes (y por tanto

(15) La situación sería completamente distinta –y, en principio, apta para derivar en posibles responsabilidades penales– si, *estando disponibles* los recursos necesarios, no se hubiera hecho un uso adecuado de ellos en el tratamiento de los pacientes.

(16) Seguimos en este punto a COCA VILA, I., «Triaje y colisión de deberes jurídico-penal. Una crítica al giro utilitarista», *InDret*, 1/2021, pp. 172-173 y *passim*.

el médico puede escoger a quién salva sin consecuencias penales)(17) o, por el contrario, es de mayor rango el deber de salvar al paciente con mejor pronóstico (de manera que, si deja morir a este, aun salvando al paciente con menores perspectivas de éxito, el médico se enfrenta a una posible responsabilidad penal por homicidio doloso)(18).

Por su parte, el triaje *ex post* y el triaje *ex ante* preventivo presentan la estructura del estado de necesidad agresivo (art. 20.5.º CP): se sacrifica –activamente, en el primer caso; en comisión por omisión (art. 11 CP), en el segundo– la vida de un paciente cuyas expectativas de salvación están relativamente consolidadas, para salvar a otro con mejor pronóstico de supervivencia. Si se asume aquí la opinión, seguramente mayoritaria, de que el estado de necesidad agresivo en ningún caso justificaría el homicidio, la solución a ambos grupos de casos es categórica: tanto el triaje *ex post* como el triaje *ex ante* preventivo son impermisibles, y el médico que los practica puede responder penalmente de un homicidio doloso(19). De acuerdo con otra perspectiva, el Derecho permitiría en estos supuestos que el médico optara por lo que, tras una ponderación de todos los intereses en juego (incluidas las expectativas de supervivencia de los pacientes y su relativo grado de consolidación), hubiera de considerarse el «mal menor»; una solución más flexible, que permitiría, con carácter general, considerar prohibido el triaje *ex post* y permitido el triaje *ex ante* preventivo(20).

IV. CONCLUSIONES

En atención a todo lo dicho, puede concluirse que la atribución de responsabilidad penal por las consecuencias derivadas de un contagio por coronavirus se presenta, hoy por hoy, como una verdadera carrera de obstáculos. No hay que olvidar, en primer lugar, que la inmensa mayoría de los contagios de los que se tiene constancia no han dado lugar a resultados lesivos penalmente típicos; no, al menos, de aquellos que permiten una punición a título de imprudencia. En segundo lugar, aun cuando la persona contagiada haya padecido lesiones de cierta entidad –o, incluso, haya fallecido– como consecuencia del virus, no será en absoluto sencillo establecer la conexión causal entre un determinado contacto social y el contagio; al menos, hasta que no se desarrollen mecanismos de «trazabilidad» del coronavirus como los que existen respecto del VIH.

(17) Así, COCA VILA, 2021, pp. 184-188; ENGLÄNDER, «Die Pflichtenkollision bei der Ex-ante Triage», *Triage in der Pandemie*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2021, pp. 122-139, 147-148; HÖRNLE, «Ex-post-Triage: Strafbar als Tötungsdelikt?», *Triage in der Pandemie*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2021, pp. 154, 166-173, 185 (que reconduce también a esta figura los casos de triaje *ex post*).

(18) En este sentido, HILGENDORF, E., «Recomendaciones de triaje en la crisis del coronavirus: no importunar a los médicos con cuestiones jurídicas», *En Letra: Derecho Penal*, 10, 2020, pp. 25-26; PANTALEÓN DÍAZ, M., «De kantianos y triajes», *Almacén de Derecho*, 10 de marzo de 2021. Ulteriores referencias en COCA VILA, 2021, pp. 174-177.

(19) Así, COCA VILA, 2021, pp. 188-192; ENGLÄNDER, 2021, pp. 118-122. También, aparentemente, ROSTALSKI, F., «La vida no es imponderable», *En Letra: Derecho Penal*, 10, 2020, p. 29.

(20) En esta línea, HILGENDORF, 2020, pp. 24-25; PANTALEÓN DÍAZ, 2021.

Pero la atribución de responsabilidad penal en este ámbito no solo plantea problemas probatorios, sino también importantes dificultades de índole normativa (jurídica). No todas las medidas de contención del virus establecidas administrativa y gubernamentalmente tienen como finalidad la prevención de contagios individuales, por lo que la infracción de estas reglas tiene –a lo sumo– un valor indiciario para determinar si la conducta de la persona originalmente contagiada (que transmite el virus a otra) crea un riesgo jurídicamente desaprobado abarcado por los tipos de homicidio o lesiones. Además, la responsabilidad preferente de la persona que se somete a un contacto con otra (posiblemente) contagiada sobre los riesgos que afectan a su propia vida o integridad física obliga a ser especialmente restrictivos a la hora de calificar, respectivamente, como «autor» y como «víctima» de un delito a las personas que participan en una interacción arriesgada. Finalmente, aun cuando llegue a calificarse como típica la conducta, la imputación del resultado lesivo requerirá –de acuerdo con la opinión mayoritaria– la difícilísima prueba de que este no se habría producido de todas formas si se hubieran respetado todas las medidas de seguridad.

Por último, la atribución de responsabilidad penal por contagios producidos en el marco de las instituciones del sistema socio-sanitario, o gestionados en su seno, plantea una serie de problemas adicionales. Se trata, por un lado, de las dificultades (probatorias, pero también jurídicas) que se presentan a la hora de imputar responsabilidades individuales en el seno de estructuras organizativas complejas. Por otro, las situaciones de escasez de recursos para el tratamiento de todos los pacientes que se han planteado a lo largo de la pandemia generan el problema de calificar penalmente –y, en su caso, considerar justificadas por estado de necesidad– las decisiones (políticas y sanitarias) de distribución de tales recursos escasos entre los distintos pacientes necesitados.

**TERCERA PARTE:
DERECHO ADMINISTRATIVO DE ALARMA
Y DE EMERGENCIA SANITARIA**

¿CAMBIARÁ LA PANDEMIA EL DERECHO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA?

Silvia DÍEZ SASTRE*

Resumen

La contratación pública desempeña un papel central en la gestión de la pandemia, tanto para la adquisición de equipamiento sanitario y vacunas, como para canalizar los futuros fondos ligados al Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. El legislador ha tratado de abordar los problemas planteados en este ámbito a través de sucesivas reformas normativas. En ese contexto, el presente trabajo incluye una reflexión sobre los posibles cambios del Derecho de la contratación pública. En primer lugar, se examina el impacto de la pandemia en la contratación pública. Pueden identificarse dos efectos directos: el fracaso de las normas de contratación pública y la toma de conciencia de los límites del Derecho. En segundo lugar, se analizan desviaciones de tendencia en el futuro de la contratación pública, que previsiblemente se reforzarán debido a la crisis sanitaria: menos contratos públicos, más flexibilización de los procedimientos, digitalización de las compras y administrativización de la resolución de conflictos.

Palabras clave

Contratación pública, COVID-19, cooperación pública, flexibilización, digitalización, control.

Abstract

Public procurement plays a central role in the management of the pandemic, both for the acquisition of health equipment and vaccines, and for channeling future funds linked to

* Profesora de Derecho Administrativo, Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid, silvia.diez@uam.es. Una primera versión de este trabajo se presentó el 15 de enero de 2021 en el Seminari de Dret Local organizado por la Federació de Municipis de Catalunya, dirigido por el Prof. Juli Ponce i Solé, con el título «Problemas y soluciones de la contratación pública en el contexto actual».

the Recovery, Transformation and Resilience Plan. The legislator has tried to address the problems raised in this field through successive statutory reforms. In this context, this paper reflects on possible changes in public procurement law. Firstly, the impact of the pandemic on public procurement is assessed. Two direct effects can be identified: the failure of public procurement rules and the awareness of the limits of the law. Secondly, trend deviations in the future of public procurement are analyzed. These trends are expected to be enhanced by the health crisis: fewer public contracts, more flexible procedures, digitalization of purchases and administrative enforcement of public procurement rules.

Keywords

Public procurement, COVID-19, public cooperation, flexibilization, digitalization, enforcement.

SUMARIO: I. Planteamiento. II. El impacto de la pandemia en el derecho de contratación pública. 1. El fracaso de las normas de contratación pública. 2. Los límites del derecho. III. Desviaciones de tendencia. 1. Menos contratos públicos. 2. Flexibilización procedimental. 3. Digitalización. 4. Administrativización de la resolución de conflictos.

I. PLANTEAMIENTO

La contratación pública ha ocupado un lugar protagonista desde el comienzo de la pandemia desde, al menos, tres puntos de vista. El más evidente es su utilización como herramienta para adquirir las obras, servicios y suministros necesarios para hacer frente a la enfermedad. En un primer momento, se centró, fundamentalmente, en la compra de EPI y mascarillas y se caracterizó por la utilización habitual de la tramitación de emergencia y la búsqueda de los suministros necesarios en el extranjero. Posteriormente, se ha dirigido a la compra de las vacunas disponibles frente a la COVID-19 a través de una contratación centralizada por las instancias europeas a través del «Instrumento de Asistencia Urgente», que permite a la Comisión contratar directamente en nombre de los Estados miembros (1). La contratación pública también ha estado en el foco de atención debido al impacto que tuvo el confinamiento del primer estado de alarma en la ejecución de numerosos contratos. Debieron adoptarse medidas de suspensión, compensación y ajuste de los contratos que no

(1) El Instrumento se activó por primera vez en 2016 para responder a la crisis de los refugiados en Europa y se volvió a utilizar en abril de 2020 para ayudar a los Estados miembros a hacer frente a la COVID-19.

podieron ejecutarse en los términos señalados en su adjudicación (2). Finalmente, los contratos públicos se presentan de nuevo como una fórmula imprescindible para canalizar la ejecución de los fondos europeos que deben dirigir la recuperación de la economía (3). Desde esta perspectiva, el reto fundamental es lograr una contratación ágil y eficaz, capaz de «absorber» los fondos europeos con la mayor eficiencia posible, lo que ha motivado la reciente modificación de numerosos preceptos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) (4).

En este escenario, este breve trabajo no tiene como objetivo analizar cómo ha impactado la pandemia de la COVID-19 en el régimen jurídico concreto de la contratación pública o cómo deberían reformarse las normas en esta materia para hacer frente en el futuro a situaciones extraordinarias. Sobre esta importante cuestión se han publicado numerosos y valiosos trabajos que estudian la interpretación y el impacto de las distintas reformas realizadas, especialmente, durante el primer estado de alarma declarado en marzo de 2020 (5). El objetivo de estas

(2) Al respecto, hay que destacar las previsiones del artículo 34 Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la COVID-19.

(3) En torno a este tema, antes de la pandemia, ORDÓÑEZ SOLÍS, David, «Fondos europeos, contratación pública y responsabilidad financiera de las administraciones españolas», en FUENTETAJA PASTOR, J. Á., *La ejecución de los Fondos Europeos en España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 119-148.

(4) La Disposición Adicional 40.^a de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 ha modificado los artículos 32, 33, 159 y 321 LCSP. Asimismo, el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia también ha introducido modificaciones con el fin de facilitar la contratación financiada con los fondos europeos.

(5) Un análisis empírico al respecto en España: OIRESCON, *Informe especial de supervisión: Principio de publicidad en los contratos tramitados por emergencia durante la vigencia de la declaración del estado de alarma como consecuencia de la COVID-19*, 2020, versión electrónica; en Francia: LICHERE, François, AKOKA, Fanette, LAMY, Valentin y MEYNIER-POZZI, Adeline, *Crise sanitaire et contrats publics*, EDPL, Chaire de Droit des Contrats Publics, Université Jean Moulin, Lyon III, 2021, disponible *online*, pp. 7 ss.; en 31 países y en la Comisión Europea: OCDE, «Stocktaking Report on Immediate Public Procurement and Infrastructure Responses to COVID-19», 24 de junio de 2020; y a nivel mundial: WORLD BANK, *Opportunities and Challenges for Public Procurement in the First Months of the COVID-19 Pandemic: Results From an Experts Survey. Equitable Growth, Finance and Institutions Insight*, World Bank, Washington, D. C., 2021. Otro tipo de análisis en la doctrina, sin ánimo de exhaustividad: GIMENO FELIU, José María, «La crisis sanitaria COVID-19 y su incidencia en la contratación pública», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, 2020, pp. 42-53; PASCUA MATEO, Fabio, «La contratación administrativa ante la COVID-19», *Revista de Administración Pública*, núm. 213, 2020, pp. 439-478; GONZÁLEZ GARCÍA, Julio Víctor, «COVID-19 y contratación pública: tramitación de emergencia en práctica y otras cuestiones», en David Blanquer Criado, (dir.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 305-324; MAGRI, Marco, «Il «collasso» del sistema degli appalti nella prima fase dell'emergenza sanitaria», *Istituzioni del Federalismo*, número especial 2020, pp. 77-88; en la obra dirigida por MOROTE SARRIÓN, José Vicente y coordinada por DEL SAZ, Silvia, *El impacto del COVID-19 en las instituciones de Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, destacan los siguientes trabajos sobre contratación pública: MORALES RUIZ, Carlos, y MENDIBILBAR NAVARRO, Patricia, «La incidencia de la normativa de excepción sobre los contratos públicos», pp. 157-173; MORALES RUIZ, Carlos, «Fuerza mayor, *factum principis* y COVID-19», pp. 175-203; MORALES RUIZ, Carlos, «La suspensión de los contratos del sector público y el COVID-19», pp. 205-229; MENDIBILBAR NAVARRO, Patricia, «La afección de la normativa a los contratos de servi-

páginas es reflexionar sobre la posible respuesta a una pregunta: ¿cambiará la pandemia el Derecho de la contratación pública? Si la contestación es positiva: ¿cómo lo hará?

Cuando se pretende hacer un ejercicio predictivo de este tipo existe, por supuesto, una altísima probabilidad de error. Investigaciones recientes demuestran que esa probabilidad aumenta exponencialmente cuando la predicción comprende un periodo superior a un año y se aventura en un futuro más lejano (6). A ello contribuyen distintos factores como, por ejemplo, las carencias de información, así como los errores y sesgos de interpretación de la información disponible por parte del autor. Esos factores están vinculados muchas veces a sus deseos y creencias y a su dificultad para actualizarlas periódicamente (7). Para contrarrestarlos es preciso recabar información apoyada en datos. De ese modo se pueden identificar los resultados de distintos eventos o medidas y apoyar las predicciones en esa evaluación (8). Siguiendo esa recomendación, este trabajo ha tratado de apoyarse en la información y las evidencias que se han identificado en dos planos distintos. El primer plano es el impacto directo que la pandemia ha producido en abstracto sobre la contratación pública (II.), que puede concentrarse en dos efectos: la constatación del fracaso de las normas de contratación pública (1.) y la toma de conciencia de los límites del Derecho en la realización de compras públicas (2.). El segundo plano es la identificación de desviaciones de tendencia (III.). Ante la difícil tarea de predecir cambios concretos, se ha preferido señalar con prudencia qué tendencias previas se han reforzado con ocasión de la pandemia. En concreto, se han seleccionado cuatro tendencias: contracción de los contratos públicos (1.), flexibilización (2.), digitalización (3.) y administrativización de la resolución de conflictos en este ámbito (4.).

Antes de comenzar la exposición conviene expresar una cautela. El Derecho tiende a la estabilidad. Los cambios que se producen muchas veces para hacer frente a circunstancias concretas afectan a su superficie, pero no llegan al fondo; no alteran verdaderamente las categorías ni las estrategias regulativas. Creo que este hecho se refuerza en el Derecho español de los contratos públicos, que convive habitualmente con un notable índice de ineficacia, que le aleja de la realidad. El grado de incumplimiento de sus normas, aunque no siempre conduzca a resultados de invalidez y sea muy difícil de medir, parece elevado, especialmente en las entidades del sector público que cuentan con menos

cios y suministros con prestaciones sucesivas. Particularidades», pp. 231-262; Díez CLIMENT, José, «La suspensión de los contratos públicos. Afección al contrato de obras», pp. 263-296; GALINDO GARCÍA, Germán, «Las concesiones de obras y servicios. El reequilibrio económico previsto en el RDL 8/2020», pp. 297-310; GILMARTÍN PÉREZ, Rodolfo, «Incidencia en los contratos de la suspensión de los plazos administrativos», pp. 339-339-353; LÓPEZ REDONDO, Pablo, «La contratación de emergencia», pp. 355-372; PINTOS SANTIAGO, Jaime y PÉREZ BRAVO, Jordi, «Contratación pública y COVID-19: normativa completa y tramitación de emergencia ante la crisis sanitaria», *Gabilex*, núm. extraordinario 21, 2020, pp. 133-184; VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier, «Las implicaciones del COVID en la contratación pública», *Contratación administrativa práctica*, núm. 167, 2020, pp. 47-69.

(6) TETLOCK, Philip E., y GARDNER, Dan, *Superforecasting. The Art & Science of Prediction*, Random House Books, Great Britain, 2015 (versión electrónica).

(7) *Ibidem*. En el mismo sentido, GARDNER, Dan, *Risk*, Virgin Books, London, 2008, versión electrónica, y KANEHMAN, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, 1.ª edición, Debate, Villatuerta, 2012, pp. 250 ss.

(8) TETLOCK, Philip E., y GARDNER, Dan, *Superforecasting...*, cit.

medios. En ocasiones la causa es la ausencia de planificación, en otras es un diseño inadecuado del contrato. A esta distancia entre Derecho y realidad contribuye el ritmo frenético de modificaciones normativas que denota la necesidad de ajustes constantes por la insatisfacción que se percibe con el Derecho vigente en cada momento. La consecuencia es una continua necesidad de actualización de los operadores jurídicos, que no siempre pueden mantener un ritmo tan elevado de atención a los sucesivos cambios normativos. Pues bien, esta convivencia del Derecho español de contratos públicos con un alto grado de inaplicación o de aplicación parcial puede condicionar si cambiará y cómo con ocasión de la pandemia.

II. EL IMPACTO DE LA PANDEMIA EN EL DERECHO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. EL FRACASO DE LAS NORMAS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Para reflexionar sobre los posibles efectos futuros de la pandemia en la contratación pública hay que analizar los cambios producidos en su percepción por la sociedad y la comunidad jurídica. Desde mi punto de vista, realizando una valoración personal, la pandemia ha hecho patente el fracaso de la evolución reciente del Derecho de los contratos públicos a nivel interno, entendiendo ese fracaso como la existencia de un elevado número de disfunciones. Con esto no me refiero específicamente a las dificultades surgidas en el primer estado de alarma. Ha sido necesario «desactivar» algunas de las garantías y reglas ordinarias de los contratos públicos para hacer frente a las necesidades urgentes de material sanitario (9). Las circunstancias empujaban a reducir al mínimo o suprimir la fase de licitación con el fin de conseguir los suministros requeridos en el menor tiempo posible (10), debido a la tremenda presión soportada por las cadenas de suministro (11). La ruptura del mercado a nivel mundial hacía muy difícil, por no decir imposible, que pudieran aplicarse con normalidad las reglas diseñadas para operar y garantizar, al mismo tiempo, el funcionamiento ordinario del mercado (12) –aunque habría sido posible mejorar la transparencia de las adjudicaciones realizadas–. Es difícil diseñar reglas capaces de adaptarse a crisis, cuyas características probablemente no somos capaces de prever. Pero sí es preciso tomar conciencia de las debilidades de la contratación pública que se han puesto de manifiesto con motivo de la pandemia. Posiblemente, un modelo que funcionara de forma eficiente en circunstancias ordinarias habría tenido una mayor capacidad para ajustarse en situaciones extraordi-

(9) Utilizo la terminología de SÁNCHEZ-GRAELLS, Albert, «Procurement in the time of COVID-19», *University of Bristol Law School Blog*, 6 de abril de 2020, legalresearch.blogs.bris.ac.uk

(10) Sobre esta cuestión, PASCUA MATEO, Fabio, «La contratación...», cit., pp. 444 ss.

(11) SADIQ, Abdul-Akeem y KESSA, Ruth, «U. S. Procurement in the Age of COVID-19: Challenges, Intergovernmental Collaboration, and Recommendations for Improvement», *The American Review of Public Administration*, Volume 50, Issue 6-7, pp. 635-641, p. 635.

(12) MAGRI, Marco, «Il “collasso”...», cit., p. 77.

narias, reduciendo el estrés padecido por las entidades adjudicadoras y los operadores económicos (13).

Ciertamente, el Derecho vigente tiene su origen en las reformas introducidas en un periodo de crisis económica caracterizado por una fuerte contracción del gasto público y de restricciones a la deuda. Los contratos se convirtieron en una herramienta fundamental para realizar políticas públicas, cuando no se disponía de fondos para llevarlas a cabo por otros medios, como, por ejemplo, medidas de fomento. Se había pasado de este modo de un «giro económico» de los contratos públicos, expresado en las Directivas de 2004 a un «giro estratégico» articulado a través de las Directivas de 2014. En el presente los contratos deben servir para canalizar unos fondos que representan un aumento en el gasto público sin precedentes en la memoria reciente. Esta evolución da cuenta de cómo la contratación pública está sometida a cambios imprevisibles ligados a las circunstancias económicas. Por esa razón, es necesario evitar una saturación de reglas que dificulten su eficacia. La caracterización reciente del legislador de muchas de las normas procedimentales y organizativas vigentes como «obstáculos y cuellos de botella» es, desde mi punto de vista, una manifestación evidente de ese fracaso de las normas ordinarias de contratación pública (14). También lo es la falta de sensibilidad del legislador estatal por las necesidades de otros niveles de Administración territorial, especialmente el local, y de muchas entidades instrumentales.

El impacto directo de la pandemia se ha puesto de manifiesto, así, a mi juicio, con más intensidad en el Derecho interno que en el europeo. A nivel europeo parece haber arraigado el principio de solidaridad entre los Estados miembros y las autoridades europeas, a través de las herramientas de *soft law* que han guiado la aplicación de las reglas de contratación pública (15), de las fórmulas de contratación conjunta, así como la aportación de fondos europeos. Sin embargo, a nivel nacional puede detectarse una serie de disfunciones estructurales que, quizás, han agravado las dificultades de la contratación en una situación tan excepcional y que se exponen de forma breve en la siguiente figura. Se trata de problemas ligados, por un lado, a una actividad normativa descontrolada: medidas inacabadas, falta de prioridades, centralización; y, por otro lado, a la falta de capacidad de muchas entidades adjudicadores para hacer frente a la complejidad de los procedimientos de contratación: ausencia de planificación y falta de especialización. Adicionalmente, puede detectarse, a mi juicio, un sobredimensionamiento de los contratos públicos en el Derecho interno, que se ha extendido más allá de lo exigido por el Derecho europeo, poniendo trabas adicionales a las fórmulas organizativas de cooperación interadministrativa permitidas en las Directivas (16).

(13) SADIQ, Abdul-Akeem, y KESSA, Ruth, «U. S. Procurement...», cit., p. 636.

(14) Se utiliza la expresión en el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

(15) En detalle: BARATTA, Roberto, «EU Soft Law Instruments as a Tool to Tackle the COVID-19 Crisis: Looking at the «Guidance» on Public Procurement Through the Prism of Solidarity», *European Papers*, vol. 5, núm. 1, 2020, pp. 365-373.

(16) Artículo 12 Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y artículo 17 Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero



Figura 1. Problemas estructurales de la contratación pública en España

Fuente: elaboración propia.

Los problemas señalados conducen a un Derecho de los contratos públicos hipertrofiado, fragmentado y autorreferencial. Se ha hipertrofiado a causa del frenesí normativo, que se manifiesta claramente en las imparable reformas de la legislación básica en materia de contratación pública (más de diez desde su aprobación en 2017). Paradójicamente, algunas de las medidas previstas legalmente no pueden aplicarse hasta que se produzca un desarrollo reglamentario –por ejemplo, la remisión a la CNMC prevista en el art. 150 LCSP–. Además, esas reformas no han tenido su correlato en otras normas básicas, como la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) y la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), que deberían haberse ajustado a los cambios introducidos en materia de contratos públicos para evitar discordancias y problemas interpretativos –por ejemplo, la extensión de la aplicación del artículo 86.2 LRJSP o la correspondencia de las formas de gestión del

de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

art. 85 LBRL con la LCSP–. Por otro lado, la fragmentación de este Derecho deriva de una pluralidad de órganos administrativos encargados de interpretar las normas de contratación pública –Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, órganos de recursos contractuales, OIRESCON– y de otros órganos que también se pronuncian sobre aspectos relacionados con la contratación –IGAE, Abogacía del Estado, Tribunal de Cuentas, entre otros– que conducen a una enorme dispersión de criterios hermenéuticos. Esa fragmentación no se reconduce con la acción de los órganos judiciales, aunque el Tribunal Supremo, en el marco de la nueva casación, va pronunciándose poco a poco sobre aspectos relacionados con los contratos públicos. Por último, el Derecho de contratos públicos es autorreferencial porque su aplicación tiende a centrarse únicamente en la lógica de la contratación pública, dando prioridad absoluta a sus principios, en especial, la libre competencia. Se dejan de lado habitualmente categorías y principios consagrados en otros ámbitos del ordenamiento jurídico. Sirva como ejemplo la garantía constitucional de autonomía local, que debería ponderarse al aplicar los límites impuestos a las formas de cooperación administrativa que quedan al margen de las normas de contratación pública (17).

2. LOS LÍMITES DEL DERECHO

La segunda línea de impacto de la pandemia es la toma de conciencia de los límites del Derecho. El Derecho es una herramienta social muy útil, pero no es la única, ni siquiera es la más idónea o eficaz, según las circunstancias. La crisis sanitaria ha destapado la falta de habilidades comerciales en el sector público (18), su deficiente conocimiento del mercado y de las cadenas de distribución. En el ámbito de la contratación pública, ya se sabía que existe una brecha importante en la práctica entre los técnicos que conocen aquello que se quiere comprar, y los juristas encargados de la canalización técnico-jurídica de su adquisición. La pandemia lo ha manifestado de forma evidente. En esa misma línea, también se sabe que en el procedimiento negociado cuesta negociar porque faltan habilidades de compras dentro del sector público. De hecho, en la pandemia se ha optado por la tramitación de emergencia, en lugar de estos procedimientos. Estos problemas van más allá del Derecho y conducen a una misma conclusión: las compras públicas se han desbordado de normas y, por tanto, su realización se ha encomendado a juristas. De hecho, en la pandemia las medidas de choque más importantes se han tratado de lograr mediante la aprobación de más normas jurídicas; al igual que sucede ahora con la ejecución de los fondos europeos. Todo ello contribuye a una mayor juridificación del Derecho de contratos que no es capaz de resolver cuestiones como la falta de planificación o el buen conocimiento del mercado. El impacto de la pandemia acentúa, desde mi punto de vista, la necesidad de una cierta «desintoxicación jurídica» de la contratación pública, que deje paso a nuevas formas de planificación y

(17) En este sentido, las *Conclusiones de la Abogado General Sra. Verika Trstenjak, presentadas el 4 de junio de 2008, C-324/07-Coditel Brabant*.

(18) BLEETMAN, Rachel, y METCALFE, Alex, *New Models of Public Procurement: a Tool for Sustainable Recovery*, Association of Chartered Certified Accountants (ACCA), London, November 2021, p. 14.

organización y que dé más valor al conocimiento del mercado y a profesionales no juristas. Si este aprendizaje será capaz de orientar o no cambios en el futuro es una cuestión abierta.

III. DESVIACIONES DE TENDENCIA

La exposición de los efectos que ha podido tener la pandemia sobre el Derecho de contratos públicos puede ayudar a valorar las posibles desviaciones de tendencia que se pueden vislumbrar en el futuro. Se parte, así, sin ánimo de exhaustividad, de una serie de tendencias identificadas con anterioridad a la pandemia, que pueden verse reforzadas como consecuencia de esta.

1. MENOS CONTRATOS PÚBLICOS

La primera tendencia que parecía abrirse paso antes de la pandemia es la reducción de los contratos públicos. El Derecho abre cada vez más espacios a fórmulas no contractuales o a contratos que se excluyen, por distintas razones, del ámbito de aplicación de las reglas de contratación pública (es el caso, por ejemplo, de la compra pública precomercial, de los contratos de servicios jurídicos o de las fórmulas no contractuales en el ámbito social y sanitario) (19). En esta tendencia juega un papel esencial el Derecho europeo, que es el encargado de configurar el concepto de contrato público desde un punto de vista funcional (20). La jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia parece mostrar una mayor sensibilidad por la utilización de fórmulas como las transferencias competenciales (21) y la cooperación, tanto vertical como horizontal (22). Quizás a una fase previa de interpretación expansiva del concepto de contrato público, le está siguiendo una segunda fase de ajuste, que pretende compatibilizar los fines de las Directivas con la necesaria libertad de los Estados miembros para decidir cómo satisfacer sus necesidades.

(19) Al respecto, a nivel interno, GIMENO FELIU, José María, «Las fronteras del contrato público: Depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del derecho europeo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 205, 2020, pp. 19-60.

(20) Con respecto a la interpretación funcional de conceptos en el ámbito de la contratación pública, en origen, STJUE (Sala Cuarta), de 20 de septiembre de 1988, C-31/87, Beentjes/Estado neerlandés; STJUE, de 10 de noviembre de 1998, C-360/96, Gemeente Arnhem y Gemeente Rheden/BFI Holding; STJUE (Sala Quinta), de 17 de diciembre de 1998, C-353/96, Comisión/Irlanda; y STJUE (Sala Cuarta), de 13 de diciembre de 2007, C-337/06, Bayerischer Rundfunk y otros.

(21) Previstas en el artículo 1.6 Directiva 2014/24/UE y analizadas hasta el momento en dos sentencias: STJUE (Sala Tercera) de 21 de diciembre de 2016, C-51/15, Remondis, y STJUE (Sala Cuarta) de 18 de junio de 2020, C-328/19, Porin Kaupunki.

(22) En relación con la cooperación vertical se aprecia una apertura de los criterios de control en distintas sentencias, la más reciente es la STJUE (Sala Cuarta) de 18 de junio de 2020, C-328/19, Porin Kaupunki. En cuanto a la cooperación horizontal, hay que atender a los criterios señalados en la STJUE, de 28 de mayo de 2020, C-796/18, ISE-Colonia y la STJUE de 4 de junio de 2020, C-429/19, Remondis. Al respecto, en la doctrina, HUERGO LORA, Alejandro, «La cooperación horizontal mediante convenios después de las sentencias ISE y Remondis 2», *Observatorio de contratación pública*, 12 de junio de 2020, www.obcp.es

Ante esta evolución del Derecho europeo, los legisladores nacionales pueden alinearse con ella o incluir requisitos adicionales que restrinjan la posibilidad de inaplicar las normas de contratación pública, siempre que garanticen seguridad jurídica y transparencia (23). El legislador español ha optado por la segunda opción. En 2015 hizo una interpretación muy restringida tanto de la posibilidad de celebrar convenios interadministrativos (art. 47.1 *in fine* LRJSP), como de la utilización de medios propios (art. 86.2 LRJSP), que todavía influye en la aplicación de la LCSP.

La pandemia puede haber contribuido a la toma de conciencia del excesivo rigor con el que se han regulado estas técnicas. Esto contribuiría a relajar la presión que se ejerce sobre los órganos de contratación. Es cierto que sigue sin incorporarse una previsión de las transferencias competenciales, que permita encajarlas sistemáticamente (24); se mantiene la sujeción a las normas de contratos públicos de los entes que no son poder adjudicador (Título II del Libro III LCSP), que no se exige por el Derecho europeo; y se continúa realizando una interpretación estricta de los medios propios que ha impedido, por ejemplo, considerarlos contratos a efectos de la aplicación de las medidas contenidas en el artículo 34 Real Decreto-Ley 8/2020 (25). Sin embargo, el Real Decreto-Ley 36/2020 y la LPGE de 2021 han aligerado algunas disposiciones sobre estas fórmulas. Se han modificado las reglas relativas a los medios propios de la Administración General del Estado (arts. 32 y 33 LCSP); se ha incluido la posibilidad de celebrar contratos intragrupos entre entes que no son poder adjudicador (art. 321.6 LCSP); y se introduce una simplificación de los trámites de los convenios administrativos suscritos para la ejecución de proyectos con cargo a fondos europeos en el ámbito de la Administración General del Estado (art. 59 Real Decreto-Ley 36/2020). No se trata de reformas de profundo calado –y se dirigen a facilitar la actuación del Estado, no del resto de Administraciones– pero podrían ser una señal de futura apertura en la regulación de estas técnicas; claro que en este punto se puede confundir el deseo con la predicción.

De forma más decidida que el Estado, las Comunidades Autónomas han aprovechado los márgenes abiertos para la utilización de fórmulas no contractuales en el ámbito social y sanitario (D. A. 49.^a LCSP). Es el caso de las acciones concertadas o conciertos sociales y sanitarios regulados en algunos territorios. En algunos supuestos se caracterizan como fórmulas no contractuales e incluso se reservan a entidades sin ánimo de lucro (26). Algo similar sucede con los llamados contratos

(23) Recientemente, la STJUE (Sala Cuarta) de 3 de octubre de 2019, asunto C-285/18, Irgita; y el ATJUE (Sala Novena) de 6 de febrero de 2020, C-89/19 a C-91/19, Rieco.

(24) En la actualidad, existe un debate sobre esta cuestión: VILLAR ROJAS, Francisco José, «El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales», *Anuario de Derecho Municipal 2017*, Instituto de Derecho Local de la UAM, Madrid, 2018, pp. 75-101; VILALTA REIXACH, Marc, «De nuevo sobre los negocios jurídicos excluidos de la Ley de contratos del sector público: encargos a medios propios personificados y transferencias de competencias entre entidades públicas», *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 56, 2019, pp. 261-295; AMOEDO-SOUTO, Carlos-Alberto, y CUTRÍN DOMÍNGUEZ, Manuel, «El impacto de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, en la gestión directa de servicios públicos locales a través de medios propios», *Revista de Administración Pública*, núm. 210, 2019, pp. 393-432; ARIMANY LAMOGLIA, Esteban, «Gestión directa y descentralizada de servicios públicos locales: encargo a medio propio o transferencia de competencias», *Revista de Administración Pública*, núm. 213, 2020, pp. 141-178.

(25) Informe 27/2020, Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

(26) Por todos: GARRIDO JUNCAL, Andrea, «Las nuevas formas de gestión de los servicios sociales: elementos para un debate», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 55, 2017, pp. 84-100.

open-house, a los que no se aplican las reglas de licitación pública de las Directivas, y que aparecen en la normativa balear dictada para la adquisición de medicamentos con ocasión de la pandemia (27). Sin embargo, en ambas técnicas, puede cuestionarse su verdadera caracterización como fórmulas no contractuales (28). De hecho, el análisis de las acciones concertadas está pendiente ante el Tribunal de Justicia, tras el planteamiento de una cuestión prejudicial por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (C-436/20). Sin duda, el pronunciamiento tendrá una importante trascendencia en la evolución futura de esta tendencia autonómica a utilizar fórmulas de adquisición de bienes y servicios al margen de los contratos públicos.

En la misma línea de reducción de los contratos públicos, hay que referirse a la posibilidad de que la pandemia conduzca a una mayor proliferación de empresas públicas que pueda ser capaz de proveer productos esenciales en colaboración con empresas privadas de carácter estratégico (29). La toma de conciencia de la incapacidad de autoabastecimiento y la dependencia de China en la provisión de suministros esenciales se ha extendido a nivel mundial (30). En esa línea, Italia ha extendido una medida excepcional como es la *golden share* a nuevos sectores productivos para garantizar el aprovisionamiento sanitario a partir de la creación de un sistema productivo del Estado (31). En España, la crisis económica de 2008 conllevó una aversión hacia las entidades instrumentales, que se identificaron como una forma ineficiente de gestionar los fondos públicos. En la actualidad, sin embargo, hay que preguntarse si ese diagnóstico sigue siendo acertado y si se puede generalizar de ese modo la utilidad del sector público instrumental. La funcionalización de los conceptos provenientes del Derecho europeo ha producido una expansión de las reglas de Derecho administrativo que se aplican a todo tipo de entidades del sector público, con independencia de su forma jurídica, pública o privada (32). Y la pandemia ha puesto de manifiesto la necesidad de autoprovisión de servicios y productos esenciales. La cadena agroalimentaria ha funcionado realmente bien, pero no ha sucedido lo mismo con las redes de abastecimiento de productos sanitarios (33). Es posible, por tanto, que la pandemia conduzca a un reforzamiento del sector público productivo, que desemboque en una reducción de contratos públicos.

(27) Artículos 16-18 Ley 2/2020, de 15 de octubre, de medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la actividad económica y la simplificación administrativa en el ámbito de las administraciones públicas de las Illes Balears para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la COVID-19.

(28) DÍEZ SASTRE, Silvia, «Contratos *open-house*: comprar sin licitar», *REALA*, núm. 15, 2021, pp. 5-23.

(29) Al respecto, el Informe 05/2020 «Resiliencia colectiva y autonomía estratégica europea pos-COVID-19. Reflexiones sobre el diseño de redes de rápida respuesta», Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, junio de 2020.

(30) SADIQ, Abdul-Akeem y KESSA, Ruth, «U. S. Procurement...», cit., p. 638.

(31) MAGRI, Marco, «Il “collasso”...», cit., p. 87.

(32) CHINCHILLA MARÍN, Carmen, «El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016, pp. 361-383; GARCÍA-ANDRADE, Jorge, «¿Huida o expansión del derecho administrativo?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 209, 2020, pp. 139-170, p. 170.

(33) ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, 2020, *el año de la pandemia de la COVID-19 (estudios jurídicos)*, Iustel, Madrid, 2021, pp. 68-69.

2. FLEXIBILIZACIÓN PROCEDIMENTAL

La segunda tendencia identificada en el Derecho de contratación pública es la flexibilización procedimental. La pandemia también parece haber reforzado parcialmente esta línea de desarrollo en los términos que se esbozan seguidamente.

Las Directivas europeas establecen una serie de procedimientos que deben aplicarse a los contratos que superan determinados umbrales económicos revisados periódicamente. Al respecto, hay que tener en cuenta que los umbrales son distintos para las autoridades estatales o centrales y para los poderes adjudicadores subcentrales (art. 4 Directiva 2014/24/UE). De manera que se ofrece un mayor margen de actuación al margen de las Directivas para las entidades adjudicadoras de menor tamaño. No se introducen, sin embargo, cambios en la tramitación de los procedimientos adaptados a las posibilidades de este tipo de entidades. Las dificultades que se han abordado con ocasión de la pandemia tal vez puedan llevar a considerar en el futuro la necesidad de modular no solo los umbrales, sino también los procedimientos para este tipo de entidades.

A nivel interno, el legislador básico demostró la intención de simplificar los procedimientos a través de la introducción del procedimiento abierto simplificado y súper simplificado (art. 159 LCSP). Esa tendencia se ha reforzado de forma clara con la reciente reforma de la LCSP que amplía los umbrales para la utilización de estas formas de adjudicación: es posible emplear el procedimiento abierto simplificado hasta el umbral de los contratos armonizados (art. 159.1 a) LCSP) y la modalidad abreviada para los contratos de servicios de valor estimado inferior a 60.000 euros (art. 159.1 LCSP). Sin embargo, otros procedimientos continúan siendo de difícil aplicación por su alto grado de burocratización. Es el caso del procedimiento negociado sin publicidad (arts. 168-170), cuya regulación ha dificultado su utilización en la pandemia, prefiriéndose la tramitación de emergencia y los contratos menores (34). Este problema no parece resolverse con las medidas adoptadas en el Real Decreto-Ley 36/2020, que dirigen a la tramitación de urgencia para licitar contratos y acuerdos marco financiados con fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, estableciendo un régimen *ad hoc*. La Ley insta al órgano de contratación a analizar si la situación de urgencia impide la tramitación ordinaria de los procedimientos de licitación (art. 50). Esta solución no parece contribuir a una mejora de los procedimientos de contratación a medio y largo plazo, ni mucho menos una solución «moderna» que represente un «instrumento del siglo XXI» en los términos utilizados por el propio legislador en la Exposición de Motivos de la norma legal citada. Pero, además, pone en duda la oportunidad de mantener la regulación vigente en la LCSP para la tramitación de urgencia. Si es posible una flexibilización y simplificación para la ejecución de los fondos, que debe realizarse conforme a las exigencias europeas y no supone una pérdida de garantías, ¿por qué se trata de medidas excepcionales? ¿Por qué no se decide simplificar las reglas de contratación con carácter permanente? Las medidas que se introducen transitoriamente para la ejecución de los fondos europeos y su posible eficacia pueden conducir a una reflexión más profunda sobre la simplificación de los procedimientos de adjudicación con carácter general.

(34) PASCUA MATEO, Fabio, «La contratación...», cit., p. 476.

3. DIGITALIZACIÓN

La digitalización es uno de los conceptos clave de nuestro tiempo (35). Representa una de las grandes esperanzas de progreso y recuperación económica en la crisis derivada de la pandemia y se articula como uno de los ejes de inversión de los fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Hasta el momento, el legislador básico no ha hecho una apuesta clara por la contratación por medios digitales, que permita cubrir sus necesidades normativas, organizativas y tecnológicas (36). La contratación electrónica avanza a un ritmo lento y muy desigual dentro del sector público. En el plano internacional, la implantación de estos mecanismos también es una de las principales preocupaciones de los operadores en esta materia (37). A pesar de ello, no cabe duda de que la digitalización de las compras y las compras de servicios digitales van a reforzarse. Serán una pieza clave para mejorar la planificación de la contratación (38), la transparencia, así como para promover una mejor regulación apoyada en datos, y realizar evaluaciones a partir de señales de alarma (*red flag*) y análisis de riesgos con el fin de luchar contra la corrupción. En este sentido, se ha propuesto que los Estados incluyan la publicación de los contratos públicos entre sus requisitos de validez, con el fin de asegurar la total transparencia y rendición de cuentas de los poderes públicos (39).

La digitalización no conlleva solo cambios de carácter tecnológico. El Estado debe estar en condiciones de asumir una «responsabilidad digital», que le obliga a mantener un nivel elevado de *know-how* en este ámbito. Solo de ese modo podrá seguir ejerciendo un grado suficiente de control sobre su propia contratación articulada por medios electrónicos y sobre la prestación de los servicios digitales que se externalicen. De hecho, se ha cuestionado la oportunidad de que el Estado deje en manos privadas el diseño de los procedimientos y desarrollos y que algunos servicios de valor estratégico se presten por sujetos privados –por ejemplo, el almacenamiento en servidores de datos sensibles– (40). En este nuevo contexto de digitalización es posible que deba reflexionarse sobre la función del Estado en este proceso y sobre los posibles límites a la externalización de determinadas prestaciones.

(35) DÍEZ SASTRE, Silvia, *La formación de conceptos en el Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 133 ss.

(36) Al respecto, por todos, MARTÍN DELGADO, Isaac, «El uso de los medios electrónicos en la contratación pública», en GIMENO FELIU, J. M.^a, *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 1657-1714, p. 1713.

(37) BLEETMAN, Rachel, y METCALFE, Alex, *New Models...*, cit., pp. 8, 14.

(38) MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, «Crisis económica post-COVID y contratación pública. Estrategia de contratación pública para contribuir a superar la crisis», *Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. 233, 2020, pp. 66-87, pp. 84 ss.

(39) BLEETMAN, Rachel, y METCALFE, Alex, *New Models...*, cit., p. 7.

(40) Sobre estos problemas, en detalle, KRÖNKE, Christoph, «Vergaberecht als Digitalisierungsfolgenrecht. Zugleich ein Beitrag zur Theorie des Vergaberechts», *Die Verwaltung*, vol. 52, 2019, pp. 65-98.

4. ADMINISTRATIVIZACIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La última tendencia identificada con carácter previo a la pandemia es la administrativización de la resolución de conflictos derivados de la contratación pública. La pandemia ha dado signos de profundización en esa línea. Muestra de ello es la propuesta de ampliación de las competencias de los órganos de recursos contractuales en el marco del primer estado de alarma. La suspensión de plazos establecida en el Real Decreto 463/2020 abocaba a una acumulación de asuntos, que se preveía especialmente intensa en el ámbito de la contratación pública debido a las vicisitudes que afectaron a la ejecución de numerosos contratos en curso durante el primer semestre de 2020 (41). Con base en esa previsión, el Consejo General del Poder Judicial presentó unas propuestas el 7 de abril y el 6 de mayo 2020 encaminadas a ampliar el ámbito de aplicación del recurso especial a los litigios derivados de la ejecución de todo tipo de contratos, sin establecer ningún umbral económico. El régimen del recurso se adaptaría para este caso, de modo que sería obligatorio y preclusivo (42).

Esta propuesta no ha llegado a ponerse en práctica. Sin duda, habría supuesto un reto para unos órganos de recursos contractuales que ya en 2019 y desde la entrada en vigor de la LCSP –que rebajó los umbrales económicos de los contratos impugnables mediante recurso especial– muestran síntomas de sobrecarga y de necesidad de recursos (43). Sin embargo, el planteamiento da buena cuenta de la posible tendencia futura a seguir ampliando el ámbito de aplicación del recurso especial. De cumplirse esta predicción, el reto fundamental radicará en el desarrollo de un estatuto jurídico adecuado y completo para estos órganos que ejercen funciones cuasi-jurisdiccionales, así como en el aseguramiento de un diseño institucional idóneo para garantizar su independencia e imparcialidad, que les dote de medios personales, materiales y tecnológicos suficientes.

BIBLIOGRAFÍA

AMOEDO-SOUTO, Carlos-Alberto, y CUTRÍN DOMÍNGUEZ, Manuel, «El impacto de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, en la gestión directa de servicios públicos locales a través de medios propios», *Revista de Administración Pública*, núm. 210, 2019, pp. 393-432.

(41) PASCUA MATEO, Fabio, «La contratación...», cit., p. 472.

(42) *Ibidem*, pp. 472-473. Análisis de forma detallada la forma jurídica en que debería llevarse a cabo dicha atribución competencial: VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, «El recurso especial al rescate de la previsible saturación de la vía judicial. Propuesta para hacer frente a las secuelas jurídicas del COVID-19 en la ejecución de los contratos públicos afectados por el estado de alarma», *Observatorio de Contratación Pública*, 5 de mayo de 2020, www.obcp.es

(43) DÍEZ SASTRE, Silvia, «Análisis de la litigiosidad administrativa y contencioso-administrativa en materia de contratación pública», en S. Díez Sastre (dir.), *Informe sobre la Justicia Administrativa 2020*, núm. 6, 2020, pp. 115-224, pp. 119 ss.

- ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente, 2020, *el año de la pandemia de la COVID-19 (estudios jurídicos)*, Iustel, Madrid, 2021.
- «La devolución competencial a las Comunidades Autónomas tras la recentralización operada para hacer frente a la pandemia de COVID-19», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 55, 2020, pp. 1-28.
- ARIMANY LAMOGLIA, Esteban, «Gestión directa y descentralizada de servicios públicos locales: encargo a medio propio o transferencia de competencias», *Revista de Administración Pública*, núm. 213, 2020, pp. 141-178.
- BARATTA, Roberto, «EU Soft Law Instruments as a Tool to Tackle the COVID-19 Crisis: Looking at the “Guidance” on Public Procurement Through the Prism of Solidarity», *European Papers*, vol. 5, núm. 1, 2020, pp. 365-373.
- BLEETMAN, Rachel, y METCALFE, Alex, *New Models of Public Procurement: a Tool for Sustainable Recovery*, Association of Chartered Certified Accountants (ACCA), London, November 2021.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen, «El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016, pp. 361-383.
- DÍEZ SASTRE, Silvia, «Contratos *open-house*: comprar sin licitar», *REALA*, núm. 15, 2021, pp. 5-23.
- Análisis de la litigiosidad administrativa y contencioso-administrativa en materia de contratación pública, en S. Díez Sastre (dir.), *Informe sobre la Justicia Administrativa 2020*, núm. 6, 2020, pp. 115-224.
- *La formación de conceptos en el Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- GARCÍA-ANDRADE, Jorge, «¿Huida o expansión del derecho administrativo?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 209, 2020, pp. 139-170.
- GARDNER, Dan, *Risk*, Virgin Books, London, 2008, versión electrónica.
- GIMENO FELIU, José María, «La crisis sanitaria COVID-19 y su incidencia en la contratación pública», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87, 2020, pp. 42-53.
- «Las fronteras del contrato público: Depuración conceptual de los negocios jurídicos excluidos desde la perspectiva funcional del derecho europeo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 205, 2020, pp. 19-60.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio Víctor, «COVID-19 y contratación pública: tramitación de emergencia en práctica y otras cuestiones», en David Blanquer Criado (dir.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 305-324.
- HUERGO LORA, Alejandro, «La cooperación horizontal mediante convenios después de las sentencias ISE y Remondis 2», *Observatorio de contratación pública*, 12 de junio de 2020, www.obcp.es
- KANEHMAN, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, 1.ª edición, Debate, Villatuerta, 2012.
- KRÖNKE, Christoph, «Vergaberecht als Digitalisierungsfolgenrecht. Zugleich ein Beitrag zur Theorie des Vergaberechts», *Die Verwaltung*, vol. 52, 2019, pp. 65-98.
- LICHERE, François, AKOKA, Fanette, LAMY, Valentin, y MEYNIER-POZZI, Adeline, *Crise sanitaire et contrats publics*, EDPL, Chaire de Droit des Contrats Publics, Université Jean Moulin, Lyon III, 2021.
- MAGRI, Marco, «Il “collasso” del sistema degli appalti nella prima fase dell’emergenza sanitaria», *Istituzioni del Federalismo*, numero speciale 2020, pp. 77-88.

- MARTÍN DELGADO, Isaac, «El uso de los medios electrónicos en la contratación pública», en Gimeno Feliu, J. M.^a, *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 1657-1714.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, «Crisis económica post-COVID y contratación pública. Estrategia de contratación pública para contribuir a superar la crisis», *Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. 233, 2020, pp. 66-87.
- MOROTE SARRIÓN, José Vicente (dir.), y DEL SAZ, Silvia (coord.), *El impacto del COVID-19 en las instituciones de Derecho administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- OCDE, «Stocktaking Report on Immediate Public Procurement and Infrastructure Responses to COVID-19», 24 de junio de 2020.
- OIRESCON, *Informe especial de supervisión: Principio de publicidad en los contratos tramitados por emergencia durante la vigencia de la declaración del estado de alarma como consecuencia de la COVID-19*, 2020, versión electrónica.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David, «Fondos europeos, contratación pública y responsabilidad financiera de las administraciones españolas», en J. Á. Fuentetaja Pastor, *La ejecución de los Fondos Europeos en España*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 119-148.
- PASCUA MATEO, Fabio, «La contratación administrativa ante la COVID-19», *Revista de Administración Pública*, núm. 213, 2020, pp. 439-478.
- PINTOS SANTIAGO, Jaime, y PÉREZ BRAVO, Jordi, «Contratación pública y COVID-19: normativa completa y tramitación de emergencia ante la crisis sanitaria», *Gabilex*, núm. extraordinario 21, 2020, pp. 133-184.
- SADIQ, Abdul-Akeem, y KESSA, Ruth, «U. S. Procurement in the Age of COVID-19: Challenges, Intergovernmental Collaboration, and Recommendations for Improvement», *The American Review of Public Administration*, Volume 50, Issue 6-7, pp. 635-641.
- SÁNCHEZ-GRAELLS, Albert, «Procurement in the time of COVID-19», *University of Bristol Law School Blog*, 6 de abril de 2020, legalresearch.blogs.bris.ac.uk
- TETLOCK, Philip E., y GARDNER, Dan, *Superforecasting. The Art & Science of Prediction*, Random House Books, Great Britain, 2015, versión electrónica.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, «El recurso especial al rescate de la previsible saturación de la vía judicial. Propuesta para hacer frente a las secuelas jurídicas del COVID-19 en la ejecución de los contratos públicos afectados por el estado de alarma», *Observatorio de Contratación Pública*, 5 de mayo de 2020, www.obcp.es
- VÁZQUEZ MATILLA, Francisco Javier, «Las implicaciones del COVID en la contratación pública», *Contratación administrativa práctica*, núm. 167, 2020, pp. 47-69.
- VILALTA REIXACH, Marc, «De nuevo sobre los negocios jurídicos excluidos de la Ley de contratos del sector público: encargos a medios propios personificados y transferencias de competencias entre entidades públicas», *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 56, 2019, pp. 261-295.
- VILLAR ROJAS, Francisco José, «El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales», *Anuario de Derecho Municipal*, 2017, Instituto de Derecho Local de la UAM, Madrid, 2018, pp. 75-101.
- WORLD BANK, *Opportunities and Challenges for Public Procurement in the First Months of the COVID-19 Pandemic: Results From an Experts Survey. Equitable Growth, Finance and Institutions Insight*, World Bank, Washington, D. C., 2021.

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS PARA LA GESTIÓN DE LA EMERGENCIA

Luis ARROYO JIMÉNEZ*

Resumen

Los poderes públicos pueden adoptar medidas de emergencia en situaciones de necesidad por medio de las cuales se alteran los puntos de equilibrio alcanzados entre los principios constitucionales que gobiernan la materia para situaciones ordinarias. Esa alteración también se proyecta sobre la regulación de los procedimientos para la adopción de normas y decisiones administrativas. En este capítulo se analizan cinco manifestaciones típicas de ese proceso a la vista de las medidas adoptadas para gestionar la presente crisis sanitaria, económica y social: la agilización, la simplificación, la suspensión, la sustitución y la supresión del procedimiento administrativo.

Palabras clave

Procedimiento administrativo, emergencias, estado de alarma, epidemias.

Abstract

In case of emergency public authorities can take extraordinary measures, which alter the balance stricken between the relevant constitutional principles in ordinary situations. This has also an effect on procedures for the adoption of administrative rules and decisions. This chapter studies five typical manifestations of this process in view of the measures taken to cope with the health, economic and social crisis: acceleration, simplification, replacement, suspension and suppression of administrative procedures.

Keywords

Administrative procedure, emergency, state of alarm, epidemics.

* Profesor Titular de Derecho Administrativo. Cátedra *Jean Monnet* de Derecho Administrativo Europeo. Universidad de Castilla-La Mancha (luis.arroyo@uclm.es).

Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto del Plan Nacional «El Derecho administrativo más allá del Estado» (PGC2018-101476-B-100), del que el autor es investigador principal.

SUMARIO: I. Introducción. II. Los fundamentos del procedimiento administrativo. 1. El concepto de procedimiento administrativo. 2. Los principios del procedimiento administrativo. 3. La regulación de los procedimientos administrativos. III. Las transformaciones de los procedimientos administrativos. 1. La agilización de los procedimientos administrativos. 2. La simplificación de los procedimientos administrativos. 3. La suspensión de los procedimientos administrativos. 4. La sustitución de los procedimientos administrativos. 5. La supresión de los procedimientos administrativos. IV. Conclusiones. Bibliografía citada.

I. INTRODUCCIÓN

EL Derecho público español y europeo permite a los poderes públicos adoptar medidas de emergencia en situaciones de necesidad. Tal y como ha mostrado la experiencia habida a raíz de la pandemia de COVID-19, la adopción de esas medidas puede tener lugar, bien previa la declaración formal de algún estado excepcional constitucionalmente reconocido, o bien directamente en el marco de las atribuciones conferidas por la legislación administrativa general o sectorial. Pese a las notables diferencias entre uno y otro, en ambos casos las medidas de emergencia suponen, por su propia naturaleza, el desplazamiento del Derecho vigente con carácter ordinario. La hipótesis de la que aquí se parte es que ese desplazamiento da lugar a la alteración del equilibrio entre los principios constitucionales relevantes alcanzado para situaciones de normalidad. La alteración de las reglas aplicables en situaciones ordinarias, así como la de los equilibrios que dichas reglas expresan, puede proyectarse sobre cuatro aspectos de la actuación del poder: las reglas sustantivas que limitan y dirigen su contenido, las reglas sobre distribución de competencias entre órganos y entes, las reglas sobre la forma jurídica a través de la cual se expresa su ejercicio y las reglas que disciplinan los procedimientos de toma de decisiones (1).

La finalidad de esta contribución es verificar la corrección de la hipótesis formulada en relación, específicamente, con la regulación de los procedimientos administrativos. La metodología empleada es la propia de la teoría general del Derecho administrativo. El análisis de concretos procedimientos administrativos tiene aquí, por tanto, una finalidad puramente instrumental. A continuación se realiza una aproximación a los fundamentos analíticos y normativos del procedimiento administrativo (*infra* II), para pasar después a describir las transformaciones que han sufrido los procedimientos orientados a la gestión de la emergencia sanitaria, social y económica, mediante la identificación de cinco tipos abstractos de medidas en función de cuál es su impacto sobre la regulación del procedimiento administrativo para situaciones ordinarias (*infra* III). El capítulo finaliza con unas breves conclusiones (*infra* IV).

(1) ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en Derecho público*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 331-440.

II. LOS FUNDAMENTOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. EL CONCEPTO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

La legislación, la jurisprudencia y la doctrina académica españolas arrastran, por diversas razones históricas (2), una concepción puramente formal y muy restrictiva del procedimiento administrativo que reduce el alcance de la noción —y con ella de los esfuerzos para su racionalización jurídica— al conjunto de trámites formalizados que se orientan a la adopción de una decisión administrativa en el desarrollo de la actividad con incidencia en los derechos e intereses de los ciudadanos. Esta aproximación condiciona a su vez la comprensión de las funciones que deben cumplir, tanto el procedimiento administrativo en cuanto que institución jurídica, que se limitaría esencialmente a la generación de las decisiones administrativas de ejecución de la ley, como su regulación jurídica, que quedaría reducida a asegurar que su desarrollo tiene lugar con pleno respeto a la ley y a los derechos de los ciudadanos (3).

Sin embargo, un sector de la doctrina académica ha propuesto superar esta aproximación tan limitada al procedimiento administrativo. Y ello en diversos sentidos: primero, concibiéndolo como un proceso esencialmente orientado a la obtención y tratamiento de información por la Administración pública (4); segundo, rompiendo su exclusiva vinculación con la actuación administrativa que produce efectos jurídicos externos (5); tercero, tomando conciencia de que la regla de Derecho no siempre antecede al procedimiento, sino que a veces se crea precisamente en su seno (6); y, cuarto, considerando que la noción y la configuración interna del procedimiento administrativo deben emanciparse del modelo de procedimiento decisorio de ejecución estándar, que es solo una de sus posibles plasmaciones, para adecuarse a las diversas funciones típicas que la Administración desempeña a tra-

(2) BARNÉS VÁZQUEZ, J., «Towards a third generation of administrative procedure», en S. Rose-Ackerman y P. L. Lindseth (eds.), *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar, 2010, pp. 336-356; VAQUER CABALLERÍA, M., «La codificación del procedimiento administrativo en España», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 42, 2016; PAREJO ALFONSO, L., «El procedimiento administrativo: función y tipología», en L. Parejo Alfonso y M. Vaquer Caballería (dirs.), *Estudios sobre el procedimiento administrativo. II. Tipos de procedimientos*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 21-64; VAQUER CABALLERÍA, M., «¿Para qué sirve el procedimiento administrativo?», en L. Parejo Alfonso y M. Vaquer Caballería (dirs.), *Estudios sobre el procedimiento administrativo. III. instituciones*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 58-82.

(3) PAREJO ALFONSO, L., «El procedimiento administrativo: función y tipología», *op. cit.*, pp. 23-24.

(4) SCHMIDT-ASSMANN, E., «Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht», en W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Assmann y A. Voskuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, C. H. Beck, vol. II, 2012, pp. 521-525; PAREJO ALFONSO, L., «El procedimiento administrativo: función y tipología», *op. cit.*, p. 24.

(5) SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, 2003, pp. 358-359; PAREJO ALFONSO, L., «El procedimiento administrativo: función y tipología», *op. cit.*, p. 33.

(6) PAREJO ALFONSO, L., «El procedimiento administrativo: función y tipología», *op. cit.*, pp. 31-32.

vés de los procedimientos administrativos (regulación, planificación, control preventivo, control represivo, adjudicación, cooperación, coordinación, etc.) (7).

2. LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Más allá de las referencias específicas contenidas en diversos preceptos, los Tratados de la Unión Europea y la Constitución Española imponen al procedimiento administrativo un conjunto numeroso y heterogéneo de límites y orientaciones materiales que se pueden ordenar a partir de las diversas notas definitivas del Estado. Ante todo, el procedimiento administrativo sirve al Estado de Derecho (arts. 2 TUE y 1.1 CE) en cuanto que, por un lado, permite racionalizar jurídicamente la actuación administrativa, facilitando su corrección desde el punto de vista del sometimiento de la Administración a la ley y al Derecho; y, por otro, permite proteger los derechos de los ciudadanos, tanto los que se ejercen dentro del propio procedimiento, como sucede con el derecho a ser oído, como los que se ventilan fuera de él, y cuya lícita restricción o privación puede exigir una determinada configuración procedimental. Tal y como subraya la doctrina con carácter general, la regulación del procedimiento debe, por supuesto, facilitar el cumplimiento del principio de legalidad y salvaguardar esos derechos (8).

En segundo término, el procedimiento administrativo está vinculado también al Estado social (art. 1.1 CE) porque permite que la Administración sirva con eficacia a los intereses generales (art. 103.1 CE) (9). El procedimiento permite a la Administración obtener y procesar adecuadamente la información que necesita para formarse un criterio respecto de su futura actuación, tanto dentro como fuera del concreto procedimiento a través del cual ha podido obtenerla. Pero la vinculación con la eficacia no solo se concreta en la obtención de información. La regulación del procedimiento debe asegurar también que su configuración interna resulte adecuada a las diversas funciones administrativas que en cada caso corresponda ejercer a la Administración. Solo a través de tipos procedimentales funcionalmente adecuados podrá ésta servir con eficacia a los intereses generales (10).

En tercer lugar, algunas de las fuentes de legitimidad democrática de la Administración se articulan a través del procedimiento administrativo (arts. 2 TUE y 1.1 CE). Así sucede con el principio de participación de los ciudadanos en el desarrollo de la acción del poder –por ejemplo, los trámites de audiencia e información pública en el procedimiento de elaboración de planes–, o con el mandato de configuración de estructuras administrativas orientadas a posibilitar la delibera-

(7) PAREJO ALFONSO, L., «El procedimiento administrativo: función y tipología», *op. cit.*, pp. 41-42.

(8) GARCÍA DE ENTERRÍA E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Curso de Derecho administrativo*, vol. II, Civitas, 2017, p. 473; SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte general*, Tecnos, 2020, p. 484;

(9) GARCÍA DE ENTERRÍA E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Curso de Derecho administrativo*, vol. II, *op. cit.*, pp. 473-474; SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte general*, *op. cit.*, p. 484.

(10) PAREJO ALFONSO, L., «El procedimiento administrativo: función y tipología», *op. cit.*, pp. 24, 35-36; VAQUER CABALLERÍA, M., «¿Para qué sirve el procedimiento administrativo?», *op. cit.*, pp. 75-78.

ción ciudadana –por ejemplo, el trámite de consulta previa en el procedimiento de elaboración de reglamentos– (11).

El procedimiento también permite a la Administración tomar en consideración los diversos elementos fácticos y jurídicos relevantes de cara a la configuración de su actividad. Es esta una vertiente del principio de buena administración, en ocasiones denominada objetividad, diligencia o cuidado debido (arts. 41.1 CDFUE, 103.1 CE), simultáneamente adscrita a las notas del Estado de Derecho y de la democracia y que puede también solaparse parcialmente con el principio de eficacia de la actuación administrativa (12).

Por último, los procedimientos administrativos posibilitan la articulación de relaciones entre las Administraciones pertenecientes a diversos niveles territoriales de gobierno. Los procedimientos compuestos, en particular, garantizan que dichas relaciones se desarrollan de conformidad con los principios que ordenan el funcionamiento del Estado autonómico, como los de autonomía, coordinación o cooperación (art. 2 CE) (13), así como los de la Unión administrativa europea, entre los que se encuentran los de autonomía, efectividad, equivalencia y cooperación leal (art. 4 TUE) (14).

3. LA REGULACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Las orientaciones constitucionales indicadas limitan y dirigen la configuración de los procedimientos administrativos por parte del legislador, de la Administración y de los jueces (15). Esa vinculación se articula tanto a través de reglas, es decir, de normas de aplicación bivalente, como de mandatos de optimización y, por tanto, de aplicación gradual. Asimismo, las exigencias de uno y otro tipo que impone la Constitución se caracterizan porque típicamente presionan en sentidos opuestos. Por ese motivo los destinatarios de la citada vinculación constitucional se encuentran llamados, cada uno en el ejercicio de sus respectivas competencias, a identificar cuáles son sus exigencias de aplicación definitiva y no derrotable, así como a tratar de alcanzar equilibrios entre las de aplicación gradual. Lo primero se articula a través de la interpretación constitucional. Lo segundo tiene lugar en el marco del amplio margen de libre configuración política que corresponde a los

(11) VELASCO CABALLERO, F., «The Legitimacy of the Administration in Spain», en M. Ruffert (ed.), *Legitimacy in European Administrative Law*, Europa Law, 2011, pp. 93-94; VAQUER CABALLERÍA, M., «¿Para qué sirve el procedimiento administrativo?», *op. cit.*, pp. 61-64.

(12) ARROYO JIMÉNEZ, L., «Las bases constitucionales del Derecho administrativo», en J. M. Rodríguez de Santiago, G. Doménech Pascual y L. Arroyo Jiménez (dirs.), *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, Marcial Pons, 2021, pp. 649-651, y 634-636.

(13) REBOLLO PUIG, M., «Autonomía local y tutela. Un equilibrio inestable», *Documentación Administrativa*, núm. 6, 2019, pp. 67-68.

(14) HOFMANN, H. C. H., ROWE, G. C. y TÜRK, A. H., *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford University Press, 2011, p. 405-410; ALONSO DE LEÓN, S., *Composite Administrative Procedures in the European Union*, Iustel, 2017, pp. 173-174; FERNÁNDEZ GAZTEA, J., *Cooperación Procedimental en la Unión Europea. Límites Jurisdiccionales*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 161-166.

(15) ARROYO JIMÉNEZ, L., «Las bases constitucionales del Derecho administrativo», *op. cit.*, pp. 568-576.

legisladores competentes en materia de procedimiento administrativo (16). En lo que estos dejan abierto, la optimización de los diversos principios constitucionales relevantes corresponde al Gobierno a través del ejercicio de la potestad reglamentaria, así como a la propia Administración por medio de la configuración, en su caso discrecional, de cada procedimiento administrativo (17). Por último, al juez incumbe tan solo comprobar si la actuación administrativa ha respetado o no la ordenación legislativa y reglamentaria aplicable a cada procedimiento, sin que le sea dado imponer nuevos trámites no previstos en ella, reabriendo así el resultado de la ponderación realizada por el legislador y por la Administración (18).

La regulación del procedimiento puede, pues, concebirse como un conjunto de decisiones normativas a través de las cuales el legislador y el gobierno alcanzan diversos puntos de equilibrio entre exigencias constitucionales tendencialmente opuestas. La regulación del trámite de audiencia del interesado en un procedimiento para dictar una orden de demolición (arts. 183 TRLS76 y 20 RDU) debe proporcionar un equilibrio entre la tutela del derecho de propiedad (art. 33.1 CE) y la eficaz protección de la ordenación urbanística y la seguridad de las personas (arts. 17 y 103.1 CE). La regulación del trámite de información pública en el procedimiento de elaboración de reglamentos (art. 133 LPAC) se enfrenta a la necesidad de diseñar un espacio de participación ciudadana y deliberación pública (art. 105 a) CE) que no dificulte excesivamente el ejercicio de la potestad reglamentaria de conformidad con los criterios políticos vinculados al programa de gobierno (art. 97 CE). La configuración normativa de los informes técnicos en el procedimiento de autorización de productos fitosanitarios (art. 7 del Real Decreto 971/2014, de 21 de noviembre, por el que se regula el procedimiento de evaluación de productos fitosanitarios) debe armonizar las exigencias derivadas del principio de libertad de empresa (arts. 16 CDFUE y 38 CE) y del principio de objetividad (arts. 41 CDFUE y 103.1 CE). La regulación de un mecanismo de intercambio de información en un procedimiento de autorización de medicamentos por los Estados miembros (art. 29 de la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano) ha de alcanzar un equilibrio razonable entre la necesidad de preservar la autonomía del ente decisor y la cooperación leal con los otros entes que intervienen en el procedimiento compuesto (art. 4 TUE). La regulación de los criterios de selección en el procedimiento de contratación (art. 146 LCSP) obliga a ponderar las exigencias de los principios de objetividad, eficacia e imparcialidad (art. 103.1 CE), de un lado, con las relativas a la eficiencia y la agilización de la actividad contractual de la Administración (art. 103.1 CE), de otro.

La regulación de los procedimientos administrativos en situaciones de normalidad ha de procurar alcanzar esos puntos de equilibrio a la vista de las determinaciones constitucionales relevantes –por ejemplo, los principios de objetividad y

(16) STC 41/2016, de 3 de marzo, FJ 11.b).

(17) DESDENTADO DAROCA, E., «Discrecionalidad administrativa y procedimiento administrativo», en L. Parejo Alfonso y M. Vaquer Caballería (dirs.), *Estudios sobre el procedimiento administrativo. III. instituciones*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 83-122.

(18) STS de 10 de diciembre de 2018, RC 3781/2017. ARROYO JIMÉNEZ, L., «Las bases constitucionales del Derecho administrativo», *op. cit.*, pp. 649-651.

eficiencia—, de la función típica que la Administración deba ejercer a través de cada procedimiento —por ejemplo, la función de seleccionar el beneficiario de un derecho limitado en número—, y de las características propias del ámbito o sector de actividad administrativa de que se trate —por ejemplo, la selección del empresario en una concesión de obra pública—. Tal y como se ha adelantado, el Derecho que permite e incorpora medidas de emergencia solo se comprende cabalmente atendiendo a su impacto sobre el resultado de esas operaciones. Las medidas adoptadas en situaciones de necesidad determinan el desplazamiento del Derecho vigente con carácter ordinario y, con ello, la alteración del equilibrio entre los principios relevantes que gobiernan la materia que se hubiera alcanzado para situaciones de normalidad. Las reglas que permiten satisfacer las exigencias de uno de esos principios ordenando la aplicación de una consecuencia jurídica para el caso de que concurra una situación típica son desplazadas, excepcionadas o moduladas en situaciones de emergencia, con la consiguiente restricción de ese principio, debido a la mayor necesidad de atender otras que presionan en sentido opuesto y que también se orientan a la satisfacción de un principio relevante. El proceso se puede representar gráficamente por medio de una curva que expresa la relación dialéctica entre dos criterios negativamente relacionados entre sí, de tal manera que la medida excepcional desplaza el punto de equilibrio a lo largo de la curva, haciendo prevalecer el principio ahora considerado prevalente y dejando de satisfacer correlativamente las exigencias del principio desplazado.

III. LAS TRANSFORMACIONES DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Las medidas de emergencia que afectan a la regulación de los procedimientos administrativos pueden ordenarse en cuatro tipos ideales a la vista de la intensidad y del contenido de las transformaciones que generan en la estructura procedimental correspondiente: la agilización del procedimiento, la simplificación procedimental, la suspensión de procedimientos en curso, la sustitución de un tipo procedimental por otro distinto y, en fin, la supresión del procedimiento administrativo (19). A continuación se describen estas transformaciones típicas a la vista de las medidas extraordinarias adoptadas para gestionar la crisis sanitaria, económica y social provocada por la epidemia de COVID-19.

1. LA AGILIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

La agilización procedimental es la alteración de menor intensidad y por ello se encuentra contemplada en la legislación, tanto general como sectorial, de procedi-

(19) A la simplificación, la sustitución y la supresión del procedimiento se había referido ya ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en Derecho público*, op. cit., pp. 410-425. En ÁLVAREZ GARCÍA, V., y ARIAS APARICIO, F., «La incidencia del Derecho de necesidad en el procedimiento administrativo», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 54, 2020, se introduce ya en esa tipificación un estudio detallado de la suspensión e interrupción del procedimiento.

miento administrativo, incluso fuera de los casos en los que procede la declaración de algún estado excepcional de acuerdo con la Constitución. En su vertiente más común se concreta en la reducción de los plazos en los que se han de ventilar los diversos trámites que integran el procedimiento (art. 33.1 LPAC).

Precisamente por su reducido impacto sobre la estructura de los procedimientos administrativos la, agilización no se ha materializado tanto en el ámbito de la gestión de la crisis sanitaria, cuanto en el de la gestión de las medidas económicas por medio de las cuales se pretende hacer frente a la crisis social y económica resultante de la primera. El RD-1 36/2020, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, contempla diversas actuaciones orientadas a la agilización procedimental. Por un lado, procura acelerar la ejecución de los fondos del plan mediante el establecimiento de prioridades en el despacho de los procedimientos administrativos dirigidos a la celebración de los contratos y acuerdos marco correspondientes (art. 50.2). Por otro lado, el RD-1 36/2020 también establece una reducción general de los plazos de diversos procedimientos administrativos: (i) en el procedimiento de elaboración por el Gobierno de la Nación de disposiciones generales en el marco de la ejecución de los fondos europeos los plazos se reducen a la mitad (art. 47.1, en relación con el art. 27.2 LGob); (ii) lo mismo sucede en el procedimiento para la adopción de actos administrativos que estén vinculados a la ejecución de los fondos (art. 48, en relación con el art. 33 LPAC); (iii) se podrá acordar la tramitación urgente del procedimiento de contratación (art. 50.1, en relación con el art. 119 LCSP), reduciéndose además a cinco días el plazo de evacuación de informes (art. 50.2); y (iv) los trámites de informe, estudio, alegaciones y resolución en los procedimientos de evaluación ambiental se reducen de forma generalizada y significativa (d.f. 3.^a).

En todos esos procedimientos se sacrifica en cierta medida la eficacia y la objetividad de la actuación administrativa acometida por medio de los actos administrativos de trámite cuyo plazo de evacuación se reduce. Igualmente, la agilización también reduce el alcance de los derechos de participación de los interesados y del público en general en el seno del procedimiento. El desplazamiento de esos principios tiene lugar en beneficio de las consideraciones relativas a la celeridad de la actuación administrativa, que se optimiza hasta el punto de excluir la posibilidad de impugnar separadamente el acuerdo de tramitación urgente (art. 33.2 LPAC).

2. LA SIMPLIFICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

La simplificación procedimental consiste en la eliminación de algunos de los trámites que la ley exige con carácter preceptivo en situaciones de normalidad. La hipótesis avanzada permite comprender el alcance de esa transformación: la simplificación procedimental altera los equilibrios alcanzados con carácter general en el marco de las relaciones dialécticas entre los diversos principios constitucionales relevantes en materia de procedimiento administrativo. El RD-1 36/2020 contiene varias medidas de simplificación procedimental de procedimientos administrativos para la ejecución de los fondos europeos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia: (i) en el procedimiento de elaboración por el Gobierno de la

Nación de disposiciones generales para la ejecución del plan desaparecen el trámite de consulta pública previa y la carga de inclusión en el plan normativo anual (art. 47.1 y 2, en relación con el art. 27 LGob); (ii) en los procedimientos conducentes a la suscripción de convenios por la Administración general del Estado y sus organismos públicos dejan de exigirse informes preceptivos y autorizaciones previas procedentes de diversos órganos (art. 59, en relación con el art. 50 LRJSP); y (iii) lo mismo sucede en los procedimientos de concesión de subvenciones financieras con fondos europeos (art. 60).

La gestión de la crisis sanitaria, por su parte, se ha enfrentado a través de medidas de mayor intensidad. Sin embargo, encontramos una relevante manifestación de la simplificación de los procedimientos de gestión de la emergencia sanitaria en la regulación del procedimiento de autorización de la comercialización de medicamentos y vacunas ante la Agencia Europea del Medicamento y la Comisión Europea. La Decisión 1082/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre, sobre amenazas transfronterizas graves, que es el principal instrumento de Derecho secundario para luchar contra las pandemias, dispone que, en caso de que la Organización Mundial de la Salud o, en su defecto, la Comisión Europea reconozcan formalmente una situación de emergencia relacionada con una epidemia de gripe humana que tenga potencialmente carácter pandémico, las autoridades nacionales o europeas, según los casos, podrán otorgar o modificar autorizaciones de comercialización de vacunas y medicamentos sin necesidad de que el solicitante aporte, ni de que dichas autoridades comprueben en el seno del procedimiento todos los datos clínicos exigibles en situaciones de normalidad. En tal caso, la autorización podrá otorgarse sometiéndola a la condición resolutoria de la falta de aportación de esa información científico-técnica en un plazo posterior (20).

Junto a la estructura del acto administrativo interesa destacar aquí el impacto que esa regla tiene sobre el procedimiento, dentro del cual pueden dejar de tener lugar al menos parte de las actuaciones administrativas dirigidas a verificar que el medicamento o la vacuna arrojan una relación favorable de riesgos y beneficios. La regulación del procedimiento asume un mayor riesgo del tolerado de ordinario, primando la rapidez y la celeridad en la obtención de un medicamento o de una vacuna comercializable frente al mandato de objetividad o cuidado debido, que reclama que la autoridad no dicte una resolución hasta no disponer de todos los elementos fácticos relevantes. La declaración de emergencia sanitaria altera, pues, el punto de equilibrio entre los principios de eficiencia y celeridad, de un lado, y de eficacia y objetividad, de otro (21). En este caso la norma no da lugar a la absoluta preterición de los segundos, sino que atribuye a la Administración un poder discrecional para decidir con cuánta diligencia se han de evaluar preventivamente los efectos del medicamento o vacuna de que se trate y, por tanto, cuánto procedimien-

(20) Artículo 13 de la Decisión 1082/2013/UE, en relación con los artículos 2 del Reglamento (CE) 507/2006 de la Comisión, de 29 de marzo, sobre la autorización condicional de comercialización de los medicamentos de uso humano, y 21 del Reglamento (CE) 1234/2008 de la Comisión, de 24 de noviembre, relativo al examen de las modificaciones de los términos de las autorizaciones de comercialización de medicamentos para uso humano y medicamentos veterinarios.

(21) BASTOS, F. B., y DE RUIJTER, A., «Break or Bend in Case of Emergency?: Rule of Law and State of Emergency in European Public Health Administration», *European Journal of Risk Regulation*, núm. 10, 2020, pp. 610-634.

to ha de seguirse para autorizar su comercialización a la vista de las características y de la urgencia de la situación de necesidad a la que se deba dar respuesta.

La previsión normativa de este régimen excepcional no parece ser manifiestamente desproporcionada, puesto que, de un lado, la medida responde a la necesidad imperiosa de proteger la salud y la vida de las personas en una situación de emergencia sanitaria particularmente grave, y de otro, la intensidad de la restricción se modula porque la norma no obliga a la administración europea a otorgar autorizaciones condicionadas, sino que se limita a permitirlo atribuyéndole la correspondiente potestad discrecional. Por su parte, el control judicial de las decisiones adoptadas por la administración en el seno de cada concreto procedimiento administrativo respecto de la fijación del nivel de diligencia en situaciones de emergencia es muy deferente (22). La justificación reside tanto en la especial debilidad epistemológica de los órganos judiciales a la hora de realizar valoraciones técnicas complejas, como en su menor legitimidad a la hora de decidir los niveles de riesgo permitidos. La valoración de la Agencia Europea del Medicamento respecto de la adecuación y necesidad de la restricción del principio de objetividad o debido cuidado ha de ser en principio aceptada, a no ser que incurra en errores fácticos manifiestos o que resulte clara y evidentemente desproporcionada –inadecuada o innecesaria– a la vista de las características concretas de la emergencia de que se trate (23).

3. LA SUSPENSIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Otro tipo de alteración procedimental provocada por medidas excepcionales es la suspensión de los procedimientos en curso. El impacto de una medida como esta sobre los derechos e intereses que se están ejerciendo o ventilando en los procedimientos correspondientes puede ser verdaderamente notable. Y ese impacto se multiplica, a su vez, cuanto más amplio sea el ámbito de aplicación de la medida de suspensión. Particularmente intenso fue, precisamente por ello, el de las d. a. 2.^a y 3.^a del RD 436/2020, que acordaron la interrupción del cómputo de plazos judiciales y administrativos para la tramitación de los procedimientos correspondientes, con muy reducidas excepciones, durante los varios meses que duró el primer estado de alarma acordado en 2020. La d. a. única del RD 926/2020, por el contrario, decidió no suspender la tramitación de los procedimientos electorales correspondientes a las elecciones autonómicas que tenían que celebrarse durante los meses en los que estuviera en vigor el segundo estado de alarma acordado en 2020.

En lo que aquí importa, la d. a. 3.^a del RD 436/2020 incorporó dos mecanismos compensatorios del impacto de la suspensión sobre los derechos e intereses legítimos relacionados con los procedimientos administrativos en curso: primero, las administraciones públicas pudieron acordar motivadamente la continuación de ciertos procedimientos que estuvieran estrechamente relacionados con la emergencia sanitaria o que fueran indispensables para la protección del interés general; y segundo, también pudieron acordar las medidas de ordenación o instrucción proce-

(22) STPI de 10 de marzo de 2004, As. T-177/02, *Malagutti-Vezinhet SA*, apartados 53-54.

(23) CRAIG, P., «Judicial review and judicial deference», en M. Scholten y A. Brenninkmeijer (eds.), *Controlling EU Agencies*, Edward Elgar, 2020, pp. 98-116.

dimental estrictamente necesarias para evitar perjuicios graves en los derechos e intereses de las partes del procedimiento y siempre que el interesado manifestara su conformidad. La consideración conjunta de estas dos cautelas permite concluir en abstracto la proporcionalidad de la suspensión, sin perjuicio del examen del concreto manejo que de ambas se haya podido realizar en el caso concreto y del que se podrían derivar consecuencias tanto anulatorias como resarcitorias.

4. LA SUSTITUCIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

La legislación ordinaria contempla la posibilidad de sustituir, en casos de especial urgencia, el procedimiento aplicable con carácter general por otro procedimiento administrativo de estructura distinta. Encontramos ejemplos bien conocidos en la tramitación de emergencia de los procedimientos de contratación (art. 120 LCSP) o en el procedimiento expropiatorio de urgencia (art. 52 LEF). Este último, en especial, permite ilustrar la peculiaridad de la sustitución procedimental, en la que no se produce ni una mera simplificación, ni tampoco una simple supresión del procedimiento, sino más bien una reconfiguración de la estructura del procedimiento que lo convierte en uno perteneciente a un tipo distinto (24).

El RD-1 36/2020 también sustituye algunos procedimientos administrativos por otros estructuralmente diferentes. En primer lugar, los procedimientos de selección del empresario en los expedientes de contratación relacionados con la ejecución de los fondos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia se reordenan en favor del procedimiento simplificado ordinario (art. 52) y abreviado (art. 51). En segundo término, también se produce una visible alteración en el procedimiento de concesión en régimen de concurrencia de las subvenciones financiadas con fondos europeos, que pasa de ser uno de concurrencia competitiva entre los diversos solicitantes a ser uno de concurrencia no competitiva por aplicación del criterio cronológico (art. 62). No es solo que el criterio de selección del beneficiario sea distinto, sino también que, precisamente por ello, ya no se requiere valorar las diversas solicitudes a la vista de los criterios establecidos en las bases reguladoras y comparar los resultados de cada una de ellas. Y por ese motivo el procedimiento no comprende ya la intervención del órgano colegiado encargado de elaborar la propuesta de concesión a la vista de la prelación de las solicitudes de acuerdo con los criterios de valoración fijados en las bases reguladoras (art. 22.1 LGS). Se trata, en definitiva, de un tipo procedimental estructuralmente distinto.

Un rasgo común de estas disposiciones es, de nuevo, la alteración del equilibrio alcanzado con carácter general entre los diversos principios tendencialmente contrapuestos que dirigen el modo en que han de regularse y tramitarse los procedimientos administrativos. Dentro del ámbito de aplicación del RD-1 36/2020 se habría producido un desplazamiento a lo largo de la curva que expresa esas relaciones dialécticas hacia un punto más próximo al extremo en el que se optimizan los principios de eficiencia y celeridad, y consiguientemente más alejado de los principios que justifican la exigencia de esos trámites y estructuras procedimentales con carácter general, entre los que señaladamente se encuentran los de objetividad y

(24) ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en Derecho público*, op. cit., p. 421.

eficacia. Con esta norma el gobierno ha querido obtener mayor rapidez y flexibilidad en los procedimientos relacionados con la ejecución del plan, a costa de asumir un mayor riesgo desde el punto de vista de la corrección material del acto, del contrato o del convenio administrativo.

La constitucionalidad de estos preceptos del RD-1 36/2020 requiere, entre otras cosas, que las medidas que incorporan no den lugar a un desequilibrio manifiesto entre la mejor satisfacción de las exigencias resultantes de los principios a los que se ha otorgado mayor relevancia y la restricción operada en aquellos otros a los que se ha otorgado menor peso. El impacto negativo sobre los principios desplazados y, especialmente, sobre la integridad del principio de objetividad (art. 103.1 CE) no es particularmente intenso, pues los procedimientos administrativos para la gestión del plan no se suprimen, sino que se simplifican o, en su caso, se sustituyen por otros de estructura distinta. No obstante, si menor es el efecto negativo sobre los principios desplazados, también es manifiestamente menor la intensidad con la que los prevalentes demandan su restricción. Resulta, en efecto, discutible que la adecuada gestión administrativa de los fondos vinculados al plan reclame una reducción como ésta del nivel de satisfacción de dichos principios. Pese a todo, esta valoración corresponde en principio al legislador de urgencia y no parece que la efectivamente realizada por el Gobierno al aprobar el RD-1 36/2020 incorpore una restricción clara y manifiestamente desproporcionada del principio de objetividad. Tal y como se ha dicho antes con carácter general, el canon de control de la constitucionalidad de estas medidas de sustitución procedimental desde la perspectiva del artículo 103.1 CE es muy deferente, en atención al espacio de libre configuración política que corresponde a las instituciones democráticamente legitimadas a la hora de diseñar la estructura interna de los procedimientos administrativos.

5. LA SUPRESIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Por último, las medidas excepcionales también pueden dar lugar a la pura y simple supresión del procedimiento administrativo previsto con carácter general. Los dos estados de alarma acordados en 2020 proporcionan ejemplos de esta medida, de tanta relevancia. Por un lado, el artículo 4.3 II RD 436/2020 no solo alteró la competencia para adoptar las normas, actos e instrucciones necesarias para adoptar las medidas extraordinarias autorizadas en el estado de alarma y cuyo impacto sobre los derechos y libertades fue, como es sabido, de considerable intensidad, sino que también suprimió la necesidad de seguir ningún tipo de procedimiento al efecto: para su adopción, establece esa disposición, «no será precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno». Por otro lado, el artículo 2.3 RD 926/2020 incorporó la misma regla en relación con la adopción por las autoridades competentes delegadas de los actos y normas que incorporen las medidas autorizadas en el segundo estado de alarma, que también han tenido un impacto muy intenso sobre los derechos y libertades de los ciudadanos y de las empresas. La consecuencia jurídica es en ambos casos que la ausencia de los trámites preceptivos exigidos en situaciones ordinarias por la legislación estatal o autonómica, e incluso la adopción de medidas de plano, sin la tramitación de procedimiento alguno, no tendrá conse-

cuencias invalidantes respecto de la norma, acto o instrucción adoptados por la autoridad competente o competente delegada.

Este régimen no impide que se sigan los trámites procedimentales que la autoridad competente o la autoridad competente delegada consideren en cada caso oportunos en el ejercicio de la discrecionalidad que la legislación general atribuye a los órganos encargados de instruir los procedimientos administrativos. Podrán dichas autoridades decidir, por ejemplo, si para la adopción de una determinada medida procede recabar un informe o si las exigencias de celeridad en su adopción lo desaconsejan. Igualmente, las propias normas reguladoras del estado de alarma contemplan trámites procedimentales específicos no previstos en situaciones ordinarias, derivados en el primer caso de la simultánea decisión de centralizar la competencia –comunicación de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma (art. 7.5 y 8 del RD 463/2020)–, y en el segundo de la supremacía del interés general en el procedimiento decisorio de la autoridad competente delegada –comunicación de la Comunidad Autónoma a la Administración del Estado (arts. 7.2, 9 y 10 del RD 926/2020)–. Quiere ello decir que para la adopción de estas medidas «no será precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno», por más que, de un lado, la autoridad competente o la autoridad competente delegada puedan optar por realizar determinados actos de trámite, y de otro, que no sea descartable que deban realizarse actos de comunicación previa a otros entes territoriales. Estos últimos, que son los específicamente contemplados en las normas que acuerdan los estados de alarma, son los únicos trámites preceptivos que vinculan a las autoridades administrativas competentes a la vista de los arts. 4.3 II RD 436/2020 y 2.3 RD 926/2020.

La decisión de suprimir la necesidad de tramitar procedimientos administrativos –con el matiz que se acaba de indicar– para adoptar medidas restrictivas autorizadas en el estado de alarma supone el más intenso desplazamiento del punto de equilibrio alcanzado para situaciones de normalidad entre los diversos principios que gobiernan la regulación y la tramitación de los procedimientos administrativos. El resultado del juicio ponderativo que subyace a los arts. 4.3 II RD 436/2020 y 2.3 RD 926/2020 supone, por un lado, otorgar una prevalencia prácticamente absoluta a los principios de eficacia, eficiencia y celeridad (art. 103.1 CE) y, a su través, a los principios sustantivos a los que sirven aquellas medidas. Son estos últimos el deber estatal de protección del derecho a la vida (art. 15 CE), que es uno de los contenidos objetivos de ese derecho fundamental, y el mandato de protección del derecho a la salud (art. 43 CE), que es el contenido propio de ese principio rector. Por otro lado, el citado juicio ponderativo da lugar a un desplazamiento, de correlativa intensidad, de los principios a los que sirve el procedimiento, entre los que destacan el principio de objetividad (art. 103.1 CE), que impone exigencias procedimentales particularmente intensas en situaciones de incertidumbre (25), el principio de participación (arts. 23 y 105 CE) y los derechos fundamentales que reclaman una determinada intervención procedimental de sus titulares frente a medidas restrictivas (art. 33.3 CE). El derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) frente a la imposición de sanciones administrativas no se ve, sin embargo, desplazado porque la supresión del procedimiento administrativo

(25) ESTEVE PARDO, J., «La apelación a la ciencia en la crisis el COVID-19», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 2, 2020, pp. 46-47.

opera respecto de la adopción de las medidas restrictivas, pero no en relación con la imposición de sanciones administrativas. Para lo segundo sigue siendo preciso incoar e instruir un procedimiento administrativo en el que se han de respetar todas las garantías asociadas al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración (arts. 24.2 y 25 CE).

El examen de la constitucionalidad de estas dos normas no suscita las mismas dificultades en relación con los tres principios constitucionales afectados. La posibilidad de sacrificar por completo los derechos individuales de participación en el procedimiento dirigido a acordar requisas civiles por razón de epidemias se encuentra prevista tanto en el régimen general sobre expropiación forzosa (art. 120 LEF), como en el régimen propio del estado de alarma (art. 11 LOAES). La disciplina administrativa de las requisas civiles contenida en el primero –desaparición de procedimiento previo y ulterior determinación del justiprecio– debe entenderse aplicable también en el segundo. Tampoco plantea mayores dificultades la integridad del principio de participación del público [art. 105.a) CE], cuyo desplazamiento incondicionado en situaciones de emergencia está completamente justificado (art. 133.4 LPAC). La cuestión problemática es más bien la relativa a la garantía procedimental del acierto de la decisión vinculada al principio de objetividad, diligencia o cuidado debido (arts. 41 CDFUE y 103.1 CE), en virtud del cual la Administración debe adoptar sus decisiones una vez que disponga de todos los elementos relevantes para poder actuar con el máximo nivel de diligencia que resulte viable dentro de lo fáctica y jurídicamente posible.

Suprimir el procedimiento para adoptar decisiones administrativas no implica, tal y como ocurre en los casos anteriores, dejar de satisfacer en cierta medida esa exigencia, sino desatenderla por completo en relación con la adopción de las medidas de que se trate. Sin embargo, el problema no es que no se pueda prescindir del procedimiento administrativo cuando la situación de emergencia lo requiera. Tampoco es dudoso que en este caso nos encontramos ante una situación de necesidad capaz de justificar en abstracto una medida como esta. De acuerdo con la denominada ley de la ponderación, cuanto mayor sea la restricción de los principios desplazados como consecuencia de un juicio ponderativo tanto más necesaria tiene que ser ésta desde la perspectiva de los principios prevalentes (26). Es difícilmente cuestionable que, en el marco de la gestión de la epidemia, la protección eficaz, eficiente y expedita de los derechos a la vida y a la salud puede justificar la eliminación de trámites procedimentales que son preceptivos en situaciones de normalidad, e incluso la adopción de medidas de plano, no adoptadas pues en el marco de un procedimiento administrativo.

La cuestión es, más bien, que la excepción se ha definido de un modo tan amplio que la norma no impone límite alguno a la posibilidad de prescindir del procedimiento incluso cuando la urgencia no sea tal como para impedir su tramitación. Por un lado, es posible que la necesidad de prescindir del procedimiento no se proyecte con la misma intensidad sobre la adopción de cualesquiera de las medidas extraordinarias habilitadas en el estado de alarma. Así, por pura hipótesis, acaso fuera necesario prescindir absolutamente del procedimiento administrativo para

(26) ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, 1993, p. 161; ARROYO JIMÉNEZ, L., «Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo», en L. Ortega Álvarez y S. de la Sierra (dirs.), *Ponderación y Derecho administrativo*, Marcial Pons, 2009, pp. 28-32.

modular el alcance de las restricciones sobre la libertad de circulación, pero no sobre el derecho a la educación; o para hacer lo propio en relación con la limitación del número de personas que pueden concentrarse en un espacio cerrado, pero no para ordenar los horarios de apertura de establecimientos abiertos al público.

Por otro lado, las normas controvertidas suprimen el procedimiento para adoptar cualesquiera medidas contempladas en ellas a lo largo de todo el largo periodo de duración del estado de alarma. Las características de la emergencia sanitaria pueden justificar tal cosa no solo al comienzo de dicho periodo, sino también con posterioridad, a la luz de la evolución de los factores que determinan la gravedad de la epidemia y la urgencia con la que deben adoptarse o modificarse las diversas medidas. Sin embargo, según se avanza en la gestión de la crisis sanitaria puede dejar de ser imprescindible que las autoridades competentes se encuentren habilitadas para adoptar decisiones de gestión sin tener que realizar actuaciones de trámite de ninguna clase. Así sucede, por ejemplo, a la hora de modular el alcance de las restricciones acordadas en función del comportamiento de diversos parámetros definidos previamente. En un primer momento puede tener justificación permitir adoptar de plano las decisiones correspondientes, cuando esos parámetros aun no se han podido definir, o simplemente debido a la incertidumbre que caracteriza el diseño de la respuesta a la epidemia. Por el contrario, no hay ninguna razón que justifique liberar la adopción de este tipo de decisiones de manera indefinida de la exigencia de que su adopción tenga lugar a la vista, al menos, de un informe técnico acerca de la evolución de los parámetros relevantes. En la medida en que este tipo de decisiones de gestión de la emergencia sanitaria, en las que la celeridad no reclama la completa supresión del procedimiento administrativo, pasan a ser más numerosas según va evolucionando la epidemia, un desplazamiento tan intenso del principio de objetividad va estando cada vez menos justificado y, por tanto, el riesgo de desproporción se incrementa correlativamente.

El alcance objetivo y temporal de la medida adoptada a través de los arts. 4.3 II RD 436/2020 y 2.3 RD 926/2020 es, en fin, muy amplio y ello determina una restricción muy intensa y acaso desproporcionada del principio de objetividad (art. 103.1 CE). El remedio no puede pasar por que los jueces ordinarios aprecien su falta de proporcionalidad y requieran la tramitación de actuaciones invocando directamente la Constitución, puesto que (i) no se enfrentan a una laguna normativa sino al resultado de un juicio ponderativo realizado por el Gobierno, y (ii) el tipo normativo que lo expresa tiene rango y fuerza de ley (27), de modo que los jueces ordinarios no pueden proceder a inaplicarlo por su propia autoridad, sino que deben, en su caso, plantear una cuestión ante el Tribunal Constitucional.

A este último tampoco le sería dado, en caso de que entendiera que la simple supresión de todo procedimiento lesiona el artículo 103.1 CE, realizar una interpretación de esos preceptos conforme a la Constitución y declarar que no lesionan esa disposición constitucional en tanto se interpreten en el sentido de que las medidas extraordinarias previstas en las normas que declaran el estado de alarma han de adoptarse, en todo caso, sobre la base de un informe técnico que las sustente, de modo tal que el procedimiento administrativo deberá incluir necesariamente el acto

(27) ATC 7/2012, de 13 de enero, FFJJ 4-5; y STC 83/2016, de 28 de abril, FFJJ 10-11.

de trámite por medio del cual éste se emite o aporta. La razón es que una tal interpretación supera con toda evidencia el tenor literal del enunciado normativo sobre el que se proyecta y, por tanto, excede los límites que el Tribunal Constitucional se ha impuesto –aunque no siempre los haya respetado– en relación con la formulación de este tipo de pronunciamientos solo formalmente desestimatorios (28).

En caso de que el Tribunal Constitucional considerase que los arts. 4.3 II RD 436/2020 y 2.3 RD 926/2020 vulneran el artículo 103.1 CE procedería, pues, declararlos inconstitucionales y nulos. Y ello sin perjuicio de que al mismo tiempo debieran limitarse temporalmente los efectos de la declaración de nulidad, atribuyendo a esta última un carácter meramente prospectivo. Asimismo, en la fundamentación jurídica de la resolución habría de indicarse (i) que la flexibilización procedimental derivada de una situación de emergencia como la epidemia de COVID-19 no impide la supresión de la carga de tramitar un procedimiento administrativo para adoptar medidas de gestión de la crisis sanitaria, siempre que el alcance de dicha supresión se limite con precisión, tanto desde el punto de vista objetivo como temporal; y (ii) que, fuera de estos casos, el principio de objetividad, diligencia o cuidado debido (art. 103.1 CE) reclama que dichas medidas se adopten, en todo caso, previa la producción u obtención de un informe técnico que justifique su oportunidad y necesidad.

IV. CONCLUSIONES

La regulación de las medidas de emergencia implica el desplazamiento del Derecho vigente en situaciones ordinarias y la consiguiente alteración del punto de equilibrio entre los principios constitucionales que gobiernan su adopción. En este capítulo se ha explorado el impacto que las medidas de gestión de la crisis sanitaria, económica y social derivada de la COVID-19 han generado sobre la regulación de los procedimientos administrativos, distinguiéndose cinco tipos ideales de transformaciones: la agilización del procedimiento, la simplificación procedimental, la suspensión de procedimientos, la sustitución de tipos procedimentales y la supresión del procedimiento administrativo. Se ha podido observar, de un lado, cómo las medidas de respuesta a la crisis económica dirigidas a facilitar la gestión de los fondos europeos del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia contempladas en el RD-1 36/2020 han optado fundamentalmente por la agilización, la simplificación y la sustitución procedimentales.

De otro lado, las medidas de respuesta a la crisis propiamente sanitaria contempladas en el Derecho administrativo europeo e interno y aplicables tanto dentro como fuera del régimen de los dos estados de alarma acordados en el 2020 se vinculan más bien a la simplificación, sustitución y supresión procedimentales. El régimen de autorización condicionada de medicamentos y vacunas previsto en la Decisión 1082/2013/UE sobre amenazas transfronterizas graves, así como la supresión de la exigencia de tramitar procedimiento administrativo alguno para la adopción de las medidas previstas en los RD que declararon los dos estados de alarma

(28) SSTC 139/2017, de 29 de noviembre, FJ 8; y 273/2005, de 27 de octubre, FJ 8.

de 2020, restringen considerablemente el alcance del principio de objetividad, diligencia o cuidado debido (arts. 41 CDFUE y 103.1 CE). Los arts. 4.3 II RD 436/2020 y 2.3 RD 926/2020, en particular, suscitan serias dudas de constitucionalidad desde la perspectiva de la proporcionalidad de la restricción del principio de objetividad que acaso debieran conducir al planteamiento de una cuestión ante el Tribunal Constitucional y, en fin, a la declaración de su inconstitucionalidad y nulidad con efectos prospectivos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, 1993.
- ALONSO DE LEÓN, S., *Composite Administrative Procedures in the European Union*, Iustel, 2017.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en Derecho público*, Civitas, Madrid, 1996.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V., y ARIAS APARICIO, F., «La incidencia del Derecho de necesidad en el procedimiento administrativo», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 54, 2020.
- ARROYO JIMÉNEZ, L., «Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo», en L. Ortega Álvarez y S. de la Sierra (dirs.), *Ponderación y Derecho administrativo*, Marcial Pons, 2009.
- «Las bases constitucionales del Derecho administrativo», en J. M. Rodríguez de Santiago, G. Doménech Pascual y L. Arroyo Jiménez (dirs.), *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, Marcial Pons, 2021.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J., «Towards a third generation of administrative procedure», en S. Rose-Ackerman y P. L. Lindseth (eds.), *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar, 2010.
- BASTOS, F. B., y DE RUIJTER, A., «Break or Bend in Case of Emergency?: Rule of Law and State of Emergency in European Public Health Administration», *European Journal of Risk Regulation*, núm. 10, 2020.
- CRAIG, P., «Judicial review and judicial deference», en M. Scholten y A. Brenninkmeijer (eds.), *Controlling EU Agencies*, Edward Elgar, 2020.
- DESDENTADO DAROCA, E., «Discrecionalidad administrativa y procedimiento administrativo», en L. Parejo Alfonso y M. Vaquer Caballería (dirs.), *Estudios sobre el procedimiento administrativo. III. instituciones*, Tirant lo Blanch, 2020.
- ESTEVE PARDO, J., «La apelación a la ciencia en la crisis el COVID-19», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 2, 2020.
- FERNÁNDEZ GAZTEA, J., *Cooperación Procedimental en la Unión Europea. Límites Jurisdiccionales*, Tirant lo Blanch, 2020.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., *Curso de Derecho administrativo*, vol. II, Civitas, 2017.
- HOFMANN, H. C. H., ROWE, G. C., y TÜRK, A. H., *Administrative Law and Policy of the European Union*, Oxford University Press, 2011.
- PEREJO ALFONSO, L., «El procedimiento administrativo: función y tipología», en L. Parejo Alfonso y M. Vaquer Caballería (dirs.), *Estudios sobre el procedimiento administrativo. II. Tipos de procedimientos*, Tirant lo Blanch, 2020.

- REBOLLO PUIG, M., «Autonomía local y tutela. Un equilibrio inestable», *Documentación Administrativa*, núm. 6, 2019.
- «¿Para qué sirve el procedimiento administrativo?», en L. Parejo Alfonso y M. Vaquer Caballería (dirs.), *Estudios sobre el procedimiento administrativo. III. Instituciones*, Tirant lo Blanch, 2020.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte general*, Tecnos, 2020.
- SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, 2004.
- «Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht», en W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Assmann y A. Voskuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, C. H. Beck, vol. II, 2012.
- VAQUER CABALLERÍA, M., «La codificación del procedimiento administrativo en España», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 42, 2016.
- VELASCO CABALLERO, F., «The Legitimacy of the Administration in Spain», en M. Ruffert (ed.), *Legitimacy in European Administrative Law*, Europa Law, 2011.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO Y COVID-19

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL*

Resumen

El presente trabajo analiza las cuestiones más relevantes que probablemente se plantearán ante los Tribunales en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por los daños ocasionados al gestionar la crisis de la COVID-19. Tras poner de relieve las insuficiencias de la legislación vigente en esta materia, el artículo trata, en primer lugar, los casos de responsabilidad patrimonial en sentido estricto, en los que una Administración ocasionó accidentalmente un daño. En segundo lugar, se abordan los casos de daños eventualmente causados por el funcionamiento normal de los servicios públicos o medidas materialmente expropiatorias, en los que la Administración infligió deliberadamente un daño a una persona o grupo de personas por razones de interés público.

Palabras clave

Derecho de daños; responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas; expropiación; daños catastróficos.

Abstract

This article analyses whether and under which conditions the State ought to compensate for the losses caused when managing the COVID-19 crisis. It focuses, firstly, on instances where public authorities have accidentally caused the damage at issue either through actions or omissions. Secondly, it considers cases of State liability for lawful conduct, where public authorities deliberately have inflicted some damage on a person or a group of people for the sake of the public interest.

* Catedrático de Derecho administrativo. Universitat de València.

Keywords

Tort law; state liability; expropriation; emergency; compensation of losses; catastrophic losses.

SUMARIO: I. Introducción. II. Una legislación deficiente. III. Una jurisprudencia confusa. IV. Casos de responsabilidad patrimonial en sentido estricto. 1. Existencia de fuerza mayor. 2. El carácter individualizado de los daños. 3. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa? 4. Incertidumbres causales. V. Casos de daños materialmente expropiatorios. 1. ¿Responsabilidad por el funcionamiento normal o expropiación? 2. Jurisprudencia. 3. Racionalidad del criterio de la «peligrosidad» de la actividad objeto de la restricción. 4. Regulaciones de precios y otras intervenciones en las relaciones contractuales privadas. VI. Bibliografía citada.

I. INTRODUCCIÓN

COMO era de prever, el de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por los daños ocasionados por la gestión de la crisis de la COVID-19 va camino de convertirse en el tema estrella de la «litigación pospandemia» en el ámbito del Derecho público, tanto en términos cuantitativos como cualitativos. Todo apunta a que estos litigios se van a caracterizar, cuando menos, por los tres siguientes rasgos:

El primero es el de su carácter masivo. Miles de afectados (por ejemplo, empresarios de los sectores de la hostelería, ocio nocturno, gimnasios, etc.) han anunciado que van a presentar o han presentado ya reclamaciones de resarcimiento de los perjuicios sufridos por cantidades multimillonarias. Seguramente no ha habido en la historia del Derecho público español un suceso (o conjunto de sucesos interrelacionados) equiparable, que haya engendrado un volumen tan elevado de casos de responsabilidad patrimonial del Estado como el que previsiblemente este va a generar.

El segundo es que aquí habrá que resolver varias cuestiones de importancia nuclear relativas al régimen de la responsabilidad patrimonial de los poderes públicos.

El tercero es que, seguramente, vamos a tener abundantes elementos de comparación. Es probable que en otros muchos países llegue a los Tribunales un gran número casos sustancialmente similares, lo que nos permitirá contrastar las soluciones que a estos se les dan en diferentes ordenamientos jurídicos.

Creemos, por ello, que esta va a constituir una gran ocasión para revisar, repensar, actualizar y mejorar tanto la teoría como la regulación de esa responsabilidad patrimonial en el Derecho español, que actualmente dejan bastante que desear. En las páginas que siguen se apuntan las grandes cuestiones que presumiblemente van a suscitar dichos litigios, así como las soluciones que se les podrían dar.

II. UNA LEGISLACIÓN DEFICIENTE

El primer problema es, precisamente, que las disposiciones legislativas que regulan la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, ora con carácter general ora referidas específicamente a las medidas adoptadas durante un estado de alarma o una epidemia, apenas proporcionan ayuda para despejar innumerables interrogantes. Plantean más dudas de las que resuelven.

En efecto, el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (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». El artículo 54.2 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP), contempla la posibilidad de que las autoridades sanitarias adopten determinadas medidas y dispone que «los gastos derivados de la adopción de [estas] correrán a cargo de la persona o empresa responsable». Ambos preceptos plantean no pocos interrogantes, a saber: (i) ¿Cómo hay que interpretar las expresiones «actos que no les sean imputables» y «persona o empresa responsable»? ¿Qué ocurre si las medidas adoptadas son ilícitas? ¿Qué hay de la eventual responsabilidad de la Administración por no haber adoptado ciertas medidas de precaución?, etc.

Tampoco en la legislación general [Ley 40/2015, de 2 de octubre, de Régimen jurídico del Sector Público (LRJSP), y Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 (LEF)] vamos a encontrar respuestas claras a estas preguntas. Lo que aquí encontramos son conceptos sumamente indeterminados o incluso tautológicos (*v. gr.*, «deber jurídico de soportar un daño de acuerdo con la ley»), que dejan a los jueces un amplísimo margen de decisión.

III. UNA JURISPRUDENCIA CONFUSA

La deficiente regulación legislativa y la cuestionable doctrina que se ha ocupado de ella han propiciado que la jurisprudencia producida en esta materia resulte en tanto contradictoria. Frecuentemente, los fallos de las sentencias dictadas en este ámbito no son consistentes con los argumentos y razonamientos utilizados para motivarlas, lo que genera un elevado grado de confusión. Estas suelen proclamar, por ejemplo, que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones es objetiva, pero luego resuelven casi todos los casos sometidos a su consideración aplicando, de hecho y de tapadillo, una regla de responsabilidad por culpa.

Esta manera de proceder, que oscurece los criterios realmente utilizados por los Tribunales en sus decisiones, produce varios efectos perniciosos. En primer lugar, mina la función informativa, clarificadora y nomofiláctica de la jurisprudencia, que resulta especialmente necesaria en un ámbito como este donde la regulación legal es tan magra y deficiente. Al ocultar esos criterios, dificulta que los Tribunales –con el auxilio de los académicos y los profesionales del foro– los conozcan, los critiquen, los modulen, los modifiquen, los desarrollen y los perfec-

cionen. En segundo lugar, alimenta la litigiosidad, al dar la impresión de que nuestro sistema de responsabilidad es diferente y, en particular, mucho más «generoso» de lo que realmente es, lo que propicia que los ciudadanos formulen pretensiones cuyas probabilidades de éxito son demasiado escasas. En tercer lugar, da pie a que, en alguna ocasión más o menos aislada, algún juez «despistado» aplique realmente la regla que la jurisprudencia dice aplicar pero que en realidad casi nunca aplica, con el menoscabo que ello puede suponer para el principio de igualdad.

IV. CASOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN SENTIDO ESTRICTO

Es probable que a los Tribunales lleguen, en primer lugar, no pocos casos de «responsabilidad patrimonial en sentido estricto», de daños ocasionados de manera accidental, no deliberada, no con el objetivo de incrementar el bienestar social. Cabe pensar que aquí se van a plantear, cuando menos, las siguientes grandes cuestiones.

1. EXISTENCIA DE FUERZA MAYOR

El artículo 32.1 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 (1). 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 estas no podían haber evitado.

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.

Sin embargo, no creemos que ello 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

(1) *Vid.*, entre otras muchas, la STS de 11 de julio de 1995 (rec. 303/1993).

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 se 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.

Así lo indican varias Sentencias del Tribunal Supremo en las cuales se declara que las Administraciones demandadas no adoptaron ciertas medidas debidas de protección del personal a su servicio contra la COVID-19(2).

2. EL CARÁCTER INDIVIDUALIZADO DE LOS DAÑOS

El artículo 32.2 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.

El problema es cómo interpretar este requisito en la práctica. Es difícil encontrar perjuicios que todos los ciudadanos hayan padecido exactamente en la misma medida. Lo normal es que aquí existan diferencias entre estos. Sin embargo, y por las razones antes expuestas, tampoco parece razonable incurrir en los enormes costes –v. gr. de procedimiento– que implica aplicar el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración cuando se trata de daños con un elevadísimo grado de generalidad, como seguramente es el caso de muchos de los causados con ocasión de la lucha contra la COVID-19.

Con todo, no creemos que aquí pueda excluirse *a priori* la posibilidad de que las Administraciones públicas hayan causado a determinadas personas o grupos de personas daños individualizados en el sentido del artículo 32.2 LRJSP. Por tales hay que entender los perjuicios especiales, singularmente intensos, que exceden de los que los ciudadanos, con carácter general, han soportado como consecuencia de la gestión de la pandemia. Determinados daños personales –v. gr. la muerte de un pariente cercano– o patrimoniales pueden encajar perfectamente en el referido concepto legal.

(2) Vid. la STS (Cont.-Adm.) de 8 de octubre de 2020 (ECLI: ES: TS:2020:3024) y las SSTs (Social) de 17 de febrero de 2021 (ECLI: ES: TS:2021:449) y 18 de febrero de 2021 (ECLI: ES: TS:2021:502).

3. ¿RESPONSABILIDAD OBJETIVA O POR CULPA?

A pesar de que la mayoría de la doctrina española y prácticamente todos nuestros Tribunales vienen afirmando desde hace décadas que la responsabilidad patrimonial de la Administración es objetiva, lo cierto es que, en la práctica, la jurisprudencia aplica *de facto* una regla de responsabilidad por culpa, con algunas contadas excepciones. Por lo general, las Administraciones solo responden cuando el daño es consecuencia de un funcionamiento defectuoso o anormal del correspondiente servicio público, cuando se ha omitido el cuidado exigible (3).

Para llegar a este resultado, la jurisprudencia española hace un uso masivo de manipulaciones, artificios y eufemismos argumentativos (4). 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 concluye que el daño sufrido por la víctima no fue causado por dicho funcionamiento (5). 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 (6). La estrategia más frecuentemente utilizada, no obstante, consiste en recurrir a la «antijuridicidad del daño» para introducir a escondidas 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 (7).

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 (8). 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. En contra de lo sostenido por algunos autores (9), la jurisprudencia ha desmentido una y otra vez la supuesta

(3) MIR PUIGPELAT, O., «Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 140, 2008, pp. 629-652.

(4) LETELIER, R., «La Falta de Servicio en España», *Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado*, núm. 23, 2001, pp. 63-79; MEDINA ALCOZ, L. (2012), «Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 153, pp. 153-181.

(5) STS de 19 de junio de 1998 (rec. 1985/1994).

(6) STS de 15 de marzo de 2018 (rec. 1016/2016).

(7) STS de 10 de diciembre de 2008 (rec. 7931/2004).

(8) GARCÍA AMADO, J. A., «Sobre algunos mitos del Derecho de daños. Causas que no causan e imputaciones objetivas bastante subjetivas», en Herrador Guardia, M. J. (ed.), *Derecho de daños 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 65-142; RUDA, A., «El coronavirus en el derecho de daños: responsabilidad civil por daños causados en relación con la pandemia del COVID-19», en *Derecho de los Desastres: COVID-19, tomo II: Estudios Internacionales*, PUCP, Lima, 2020, p. 1424.

(9) Esta suerte de reserva de ley explícita fue defendida por GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., en antiguas ediciones de su *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid (por ejemplo, en la de 1993), cap. XXI, IV, 2. También por BLANQUER CRIADO, D., *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 365-366.

exigencia de que ese «deber de soportar» ha de haber sido establecido expresamente por la ley (9). En la práctica, el concepto de antijuridicidad funciona como una suerte de «cajón de sastre» completamente vacío, que los jueces suelen rellenar con la regla de la responsabilidad por culpa.

Pues bien, no hay razón alguna que permita pensar que los Tribunales vayan a apartarse de este criterio cuando resuelvan casos derivados de la COVID-19. Las eventuales excepciones serán probablemente las ya reconocidas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Aquí destaca la de los daños ocasionados por las vacunaciones impuestas forzosamente o incluso «recomendadas» por las Administraciones públicas (10).

Un caso que puede suscitar alguna duda en este punto es el de si la Administración ha de indemnizar a sus empleados –v. gr. a su personal sanitario– por los daños que hayan sufrido en «actos de servicio». La STS de Tribunal Supremo de 8 de julio de 2020 (rec. 2519/2018) parece dar una respuesta positiva al afirmar la existencia de un «principio general de resarcimiento o indemnidad», según el cual, a los servidores públicos, «si sufren daño o perjuicio en el servicio, sin mediar culpa o negligencia, se les debe resarcir directamente por la propia Administración en cuyo nombre actúan» (11). En nuestra opinión, el Tribunal Supremo incurre aquí en un exceso dialéctico con el objeto de justificar que el régimen específicamente previsto para los policías nacionales resulta extensible a los autonómicos. Sin embargo, para este viaje no se necesitaban tales alforjas. Para justificar la extensión bastaba invocar la supletoriedad del Derecho estatal. De todos modos, no creemos que ese supuesto principio de indemnidad resulte aplicable en defecto de previsión legislativa específica ni, desde luego, cuando el legislador ya ha dispuesto un régimen jurídico para determinados daños sufridos por su personal en acto de servicio. No se aplicaría, por ejemplo, a los resultantes de riesgos laborales, que ya cuentan con una regulación especial.

4. INCERTIDUMBRES CAUSALES

Es probable que en no pocas ocasiones resulte difícil probar, con el grado de certeza normalmente requerido para que se declare la responsabilidad, que el daño en cuestión es consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, es decir,

(10) Vid. la STS de 9 de octubre de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:6645). En la doctrina, GARRIDO CUENCA, N., «Seguridad, riesgos y efectos adversos en materia de vacunación. Jurisprudencia sobre responsabilidad administrativa y reflexión: ¿es necesario o conveniente un fondo específico de compensación por daños vacunales?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 189, 2018, pp. 129-172; CIERCO SEIRA, C., *Vacunación, libertades individuales y Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 71 ss.; Rebollo Puig, M., «Responsabilidad y ayudas públicas por daños de las vacunas contra la covid», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 93-94, 2021, pp. 68-79..

(11) Afirma esta Sentencia que aquí «el principio general de resarcimiento o indemnidad es un principio inherente al sentido instrumental de toda Administración. En la medida en que quienes la sirven no actúan en interés propio sino en el público –en el de todos– si sufren daño o perjuicio en el servicio, sin mediar culpa o negligencia, se les debe resarcir directamente por la propia Administración en cuyo nombre actúan. Por eso, venga o no expresado en preceptos concretos, hay que recordar que el artículo 1729 del Código civil establece la obligación de que el mandante indemnice al mandatario todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario».

que no se hubiera producido si la Administración hubiera tomado las debidas medidas de precaución. Tomemos como ejemplo el caso de las muertes producidas por la COVID-19. Aquí podemos encontrar tres tipos de incertezas.

En primer lugar, muchas veces no se podrá saber si una persona murió infectada con el SARS-CoV-2. Repárese en que las cifras oficiales de fallecidos por este virus solo incluyen casos en los que se ha acreditado positivamente el contagio a través del correspondiente test, y no aquellos de los que en este punto existe una sospecha que no fue confirmada de tal manera. Nótese, también, que durante un tiempo no se realizaron estas pruebas a los fallecidos porque las autoridades consideraron preferible dar un uso más valioso a los escasos recursos a la sazón disponibles. Habida cuenta de ello y de que ha habido un notable «exceso de mortalidad» durante la pandemia, cabe razonablemente considerar que la mayor parte de este exceso ha sido causada, de manera directa o indirecta, por la COVID-19, aunque no siempre podremos saber con certeza qué individuos fallecidos durante la pandemia estaban infectados.

En segundo lugar, habrá casos donde tampoco sea posible saber si una persona infectada con el virus murió a causa del mismo o de otra causa concomitante.

En tercer lugar, muchas veces será difícil precisar si una persona que falleció como consecuencia de la COVID-19 hubiera sobrevivido si la Administración hubiera actuado con el cuidado exigible. Como mucho, en determinadas circunstancias, solo será posible hacer una estimación de la probabilidad de que el daño se hubiera evitado si el servicio público en cuestión hubiese funcionado correctamente.

Estos y otros problemas similares de incertidumbre causal podrían ser resueltos aplicando dos reglas a las que nuestros Tribunales recurren a veces en situaciones similares.

La primera es la de la «inversión de la carga de la prueba». Por lo común, el demandante, para obtener el resarcimiento de los daños sufridos, ha de probar la existencia de una relación de causalidad entre la actuación del demandado y estos (12). No obstante, tal carga puede invertirse cuando al demandado le resulta más fácil que al actor producir y traer al proceso pruebas que acrediten la inexistencia de tal relación (13). Esta regla propicia que dicha evidencia probatoria sea suministrada por la parte que puede llevar a cabo tal actividad de manera más eficiente, lo que contribuye a minimizar los costes del proceso, lo cual es un objetivo muy atendible (14).

Esta regla podría ser aplicada, por ejemplo, en aquellos casos donde no se puede saber con la certeza usualmente requerida si una persona fallecida estaba infectada con el SARS-CoV-2 porque la Administración, por la razón que sea, decidió no practicarle el test correspondiente. Parece obvio que la Administración tenía la posibilidad de probar este extremo con un coste menor que la víctima.

La segunda regla es la de la responsabilidad proporcional. Los Tribunales españoles resuelven normalmente los casos de incertidumbre causal mediante la regla del «todo o nada». O se responde, en cuyo caso hay que resarcir íntegramente todos los

(12) Vid. el artículo 217.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).

(13) Vid. artículo 217.7 LEC, así como la STS (Sala Civil) de 23 de diciembre de 2002 (rec. 1761/1997).

(14) Vid. HAY, B. L. y SPIER, K. E. «Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Perspective», *Journal of Legal Studies*, núm. 26, 1997, pp. 413-431.

daños causados a la víctima, o no se responde, en cuyo caso no hay nada que indemnizar. Y se responde cuando el grado de convicción del juez acerca de la existencia de la relación de causalidad supera un determinado umbral de evidencia o estándar de prueba, al que en el Derecho español suele aludirse con la expresión «certeza razonable» (15). No obstante, los Tribunales aplican a veces un criterio de responsabilidad proporcional, con arreglo al cual la compensación equivale a los daños sufridos por la víctima multiplicados por la probabilidad (es decir, el grado de convicción del juez acerca) de que el demandado haya causado el accidente. El ejemplo más relevante y frecuente de esta responsabilidad proporcional es la doctrina de la «pérdida de una oportunidad». Uno de los ámbitos donde típicamente se aplica esta doctrina es el de la asistencia sanitaria, cuando el anormal funcionamiento del servicio público privó al paciente de una oportunidad –es decir, redujo su probabilidad– de curarse o sobrevivir. Aquí, la indemnización debida equivale a los daños sufridos por la víctima multiplicados por la probabilidad de curación o supervivencia que esta hubiera tenido si el servicio público hubiera funcionado correctamente (16).

Si la probabilidad de haber causado el daño queda sistemáticamente por debajo del referido umbral de evidencia, la regla de la responsabilidad proporcional da a la Administración mejores incentivos para actuar diligentemente que la regla del «todo o nada» (17). Supongamos, por ejemplo, que esa probabilidad es siempre del 40 %, la Administración ha causado realmente el daño en el 40 % de las ocasiones y dicho umbral es del 50 %. En este escenario, conforme a esta última regla, la Administración nunca respondería, lo que seguramente minaría sus incentivos para tomar las debidas medidas de cuidado. Conforme a la primera regla, por el contrario, su responsabilidad esperada sería igual a los daños esperados ocasionados por su actividad, lo que la induciría a llevar un nivel adecuado de precaución.

Es posible que entre los casos relacionados con la crisis de la COVID-19 haya algunos similares a aquellos en los que nuestros Tribunales aplican típicamente una regla de responsabilidad proporcional. No es ni mucho menos descartable que ciertas autoridades administrativas, por acción u omisión, hayan privado a determinadas personas de una oportunidad de curación o supervivencia, que puede ser significativa y quedar sistemáticamente por debajo del estándar de «certeza razonable».

V. CASOS DE DAÑOS MATERIALMENTE EXPROPIATORIOS

El segundo gran tipo de casos que va a llegar a nuestros Tribunales es el de los infligidos deliberadamente por las Administraciones públicas por razones de interés

(15) Vid. MARTÍN-CASALS, M. y SOLÉ, J., «Causal Uncertainty and Proportional Liability in Spain», en Gilead, I., Green, M. D. y Koch, B. A. (eds.), *Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives*, De Gruyter, Berlin, 2013, pp. 297.

(16) MARTÍN-CASALS y JOSEP SOLÉ (2013, p. 309). Vid., también, MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Civitas, Madrid, 2007; *idem*, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Civitas, Madrid, 2019.

(17) Vid., por todos, BEN-SHAHAR, O., «Causation and Foreseeability», en Faure, M. (ed.) *Encyclopedia of Law and Economics. Tort Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, p. 94.

público. Se trata de perjuicios que constituyen la consecuencia previsible y prácticamente inevitable de medidas administrativas adoptadas con el fin de proteger determinados intereses generales, señaladamente el de la salud pública. Cabe mencionar aquí: las requisas de material sanitario; la intervención de hospitales privados con el fin de atender pacientes de COVID-19; la imposición a determinados empresarios de la obligación de prestar servicios considerados esenciales; cierres de establecimientos en los que se desarrollan actividades comerciales, de hostelería, restauración, ocio, culturales, deportivas, recreativas, etc.

1. ¿RESPONSABILIDAD POR EL FUNCIONAMIENTO NORMAL O EXPROPIACIÓN?

Estos casos se pueden abordar desde dos perspectivas: la de la expropiación o la de la responsabilidad. Desde la primera, la gran cuestión es si las arriba mencionadas medidas tienen un carácter materialmente expropiatorio, en cuyo caso deben venir acompañadas de la correspondiente indemnización (art. 33.3 CE) con arreglo a lo establecido en la legislación de expropiación forzosa, o, por el contrario, constituyen delimitaciones no indemnizables de los derechos afectados.

Desde la segunda, la cuestión es si en estos casos la Administración ha de responder patrimonialmente (de manera objetiva) por el funcionamiento normal de los servicios públicos. A nuestro juicio, la perspectiva correcta es la primera, pero lo cierto es que en la práctica estos casos suelen ser planteados por los reclamantes y resueltos por los Tribunales desde la segunda (18).

Sea como fuere, la cuestión suele plantearse desde las dos perspectivas en términos muy similares. En ambos casos, los argumentos en uno u otro sentido suelen girar en torno a si la medida en cuestión supone para determinadas personas un «sacrificio especial y desproporcionado», que rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas y que aquellas no están obligadas a soportar.

2. JURISPRUDENCIA

En la jurisprudencia y la doctrina se han propuesto y utilizado varios criterios para distinguir entre las medidas expropiatorias y las regulaciones no indemnizables. Las primeras: (i) tendrían un carácter singular, mientras que las segundas tendrían un alcance general; (ii) revestirían una mayor intensidad (por ejemplo, afectarían al «contenido esencial» del derecho en cuestión); (iii) supondrían una ruptura de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas; (iv) implicarían la privación de «derechos adquiridos», y no de simples expectativas; (v) conllevarían la adquisición del bien objeto de expropiación por un «beneficiario»; (vi) e incidirían sobre una situación lícita o beneficiosa desde el punto de vista de los valores sociales generalmente aceptados, a diferencia de las regulaciones no compensables, que afectarían a situaciones o actividades ilícitas o perjudiciales (19).

(18) *Vid.*, por ejemplo, la STC 28/1997, de 13 de febrero, FJ 7.

(19) Sobre estos criterios, *Vid.* DOMÉNECH PASCUAL, G., «Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable», *InDret*, 1/2012.

En la práctica, este último criterio ha sido el utilizado por los Tribunales para resolver casos similares a los planteados por las medidas de protección de la salud pública adoptadas para luchar contra la COVID-19(20).

Cabe mencionar a modo de ejemplo la doctrina sentada en el caso del aceite de orujo. El 3 de julio de 2001, el Ministerio de Sanidad y Consumo lanzó una alerta alimentaria por la cual se aconsejaba la inmovilización cautelar de este aceite, consejo que siguieron las autoridades autonómicas, lo que ocasionó enormes pérdidas económicas y reputacionales a las empresas productoras de este alimento. En 2007, el Tribunal Supremo declaró ilegal esta alerta, por considerar que el riesgo que la motivó no era inminente ni extraordinario, como exigía el legislador para dictarla (21). A pesar de ello, el Tribunal Supremo, en una nutrida serie de Sentencias posteriores, ha declarado que las autoridades autonómicas que observaron la recomendación no habían de resarcir los daños causados a las empresas por la inmovilización cautelar, pues estas tenían el deber jurídico de soportarlos. El Tribunal Supremo utiliza dos argumentos principales para llegar a esta conclusión. El primero es que los productores tienen el deber de comercializar «productos seguros». Y, en el caso enjuiciado, los análisis practicados revelaron que, en la mayoría de las ocasiones, la presencia en este aceite de cierta sustancia peligrosa rebasaba los niveles recomendados y posteriormente establecidos mediante una norma, presencia que las empresas hubieran podido reducir y prácticamente eliminar utilizando determinadas técnicas. El Tribunal, sin embargo, no llega a sostener que los productores cometieron una ilegalidad o una negligencia. El segundo argumento es que las autoridades administrativas actuaron diligentemente, al adoptar medidas de protección de la salud pública exigibles en virtud del principio de precaución (22).

Conforme a la llamada «doctrina del margen de tolerancia», la misma solución resultaría aplicable incluso en los casos en los que los Tribunales declarasen la ilegalidad de la medida administrativa que causó el daño. Para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración hace falta que la ilegalidad sea el fruto de una «flagrante desatención normativa» o, dicho con otras palabras, de una negligencia (23). También aquí se aplica, pues, una regla de responsabilidad por culpa (24).

(20) Vid. DOMÉNECH PASCUAL, G., «La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la adopción de medidas cautelares», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 125, 2005, pp. 65-99.

(21) STS de 27 de junio de 2007 (rec. 10820/2004).

(22) Vid., entre otras muchas, las SSTs de 14 de noviembre de 2007 (rec. 77/2004), 8 de junio de 2010 (rec. 3340/2008) y 16 de septiembre de 2011 (rec. 714/2007).

(23) Sobre esta jurisprudencia, en sentido favorable, si bien con matices, vid. DOMÉNECH PASCUAL, G., «Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?», *Revista de Administración Pública*, núm. 183, 2010, pp. 179-231. En contra, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por sentencia firme», *Revista de Administración Pública*, núm. 205, 2018, pp. 221-237; BLANQUER CRIADO (2020, pp. 367-370 y 427-461); MEDINA ALCOZ, L., «El problema de la culpa en la responsabilidad patrimonial por acto administrativo. Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, núm. 213, 2020, pp. 69-91.

(24) Esta doctrina ha recibido un espaldarazo de la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de julio de 2021, por la que se declara la inconstitucionalidad parcial del Real Decreto 463/2020, por el que se estableció un estado de alarma. Véase, especialmente, el fundamento jurídico 11.c) de la Sentencia y lo que respecto de este se dice en el voto particular del magistrado Juan Antonio Xiol Ríos.

3. RACIONALIDAD DEL CRITERIO DE LA «PELIGROSIDAD» DE LA ACTIVIDAD OBJETO DE LA RESTRICCIÓN

Hacer responder o no a la Administración en los casos en los que tanto ella como la víctima han llevado el cuidado exigible conlleva ventajas y desventajas desde el punto de vista de los intereses legítimos implicados.

La responsabilidad, básicamente: (i) incrementa el coste esperado que para las autoridades administrativas tiene tomar medidas de protección de la salud pública y, por lo tanto, puede ejercer un efecto disuasorio sobre esta adopción; y (ii) «asegura económicamente» a las personas que realizan ciertas actividades frente al riesgo de sufrir determinadas restricciones, lo que estimula dicha realización.

La no responsabilidad: (i) reduce el coste esperado que para las autoridades administrativas implica tomar medidas de protección de la salud pública, por lo que encierra el riesgo de que aquellas se excedan al adoptarlas; y (ii) aumenta el coste esperado que para los particulares se deriva de llevar a cabo las actividades en cuestión, lo que puede disuadirles de realizarlas.

La cuestión, por consiguiente, es determinar en cada caso si el peligro de que la Administración no tome las debidas medidas de protección y se estimule la realización de las correspondientes actividades privadas es peor o no que el peligro de que la Administración cometa excesos y los particulares no lleven a cabo dichas actividades. Y aquí cabe pensar que la solución dependerá de manera decisiva del tipo de actividad privada que es objeto de restricción.

Pongamos que se trata de una actividad intolerablemente peligrosa, que genera serias externalidades negativas y cuyos costes para la sociedad exceden de sus beneficios, lo que motiva que la Administración limite su ejercicio. En este supuesto encargaría, por ejemplo, la apertura al público de establecimientos de hostelería y restauración cuando esta apertura genera un grave peligro de contagio⁽²⁵⁾. Nótese que tanto los titulares de estos locales como sus usuarios engendran importantes externalidades negativas, pues no soportan en su totalidad los considerables costes sociales derivados de los contagios que pueden ocasionar al mantener abiertos y usar tales establecimientos. Ello propicia que el volumen de su actividad sea excesivo desde el punto de vista del bienestar social. Recordemos que las autoridades administrativas han cerrado o limitado muy intensamente la actividad de estos y otros negocios en los momentos en los que la incidencia de la COVID-19 era muy elevada.

Parece claro que, en estos casos, los riesgos de la responsabilidad (el riesgo de que la Administración se inhiba en el ejercicio de su poder de adoptar tales medidas y de que los particulares realicen una actividad intolerablemente peligrosa) son superiores a los que entraña la no responsabilidad (el riesgo de que las autoridades administrativas impongan restricciones excesivas y de disuadir a los particulares de llevar esa actividad peligrosa). Así cabe entenderlo si tenemos en cuenta que: (i) la responsabilidad puede ejercer un potente efecto disuasorio sobre las autoridades administrativas, habida cuenta del elevado número de personas a las que habría que compensar y de la magnitud de las correspondientes indemnizaciones; (iii) los Tribunales pueden controlar y prevenir hasta cierto punto los excesos cometidos por la

(25) Según BLANQUER CRIADO (2020, p. 114), esta es una «medida general de ordenación de [actividades económicas] que no da lugar a indemnización a título de responsabilidad patrimonial».

Administración al tomar medidas restrictivas, lo que mitiga el riesgo de que se produzcan tales excesos; (iv) a la sociedad le interesa desincentivar que los particulares lleven a cabo la referida actividad, que es intolerablemente peligrosa para la salud pública; y (v) si se permite el desarrollo de esta actividad, resulta enormemente costoso para el Estado controlar y evitar que su volumen resulte excesivo; si dichos establecimientos permanecen abiertos sin restricciones, difícilmente pueden la Administración y los Tribunales prevenir que demasiada gente acuda a ellos y no adopten las debidas medidas de precaución; no hay policía suficiente para controlarlos a todos; los titulares de los establecimientos están mucho mejor situados a estos efectos; son los *cheapest cost avoider*, los que más eficientemente pueden prevenir los daños (26), por lo que, desde un punto de vista económico, es razonable que sean ellos los que soporten el riesgo de los cierres

Ello no quita que las autoridades competentes puedan establecer programas de ayudas que permitan mitigar al menos parcialmente los daños sufridos por los titulares de estos establecimientos, bien con el objeto de salvar aquellos que son económicamente viables bien con una finalidad asistencial. Estas ayudas tienen dos grandes ventajas sobre la responsabilidad patrimonial: los procedimientos que hay que observar para otorgarlas son menos costosos que los que hay que seguir para declarar dicha responsabilidad, y el dinero puede destinarse a las personas que más lo necesitan o que mayor rentabilidad social pueden extraer de él.

Supongamos, por el contrario, que la actividad objeto de restricción no engendra externalidades negativas (piénsese, por ejemplo, en el cierre de una gasolinera) ni es socialmente deseable, sino más bien lo contrario (piénsese en la importación de material sanitario o la prestación de servicios sanitarios) (27). Recordemos que durante la pandemia la Administración: (i) impuso a los titulares de ciertas estaciones de servicio la obligación de mantenerlas abiertas, a pesar de que su apertura no era rentable por falta de tráfico suficiente; (ii) requisó material sanitario; e (iii) intervino hospitales privados con el fin de atender eventualmente a pacientes de COVID-19.

Cabe pensar que, en estos casos, los costes esperados de la no responsabilidad (el riesgo de que la Administración restrinja en exceso dichas actividades y de que los particulares dejen de realizarlas) son superiores a los que entraña la responsabilidad (el riesgo de disuadir la adopción de tales medidas restrictivas y de incentivar la realización de las referidas actividades privadas). Así puede entenderse si tenemos en cuenta que aquí: (i) la responsabilidad no engendra un peligro muy elevado de que la Administración deje de tomar dichas medidas, pues la magnitud de las compensaciones no es muy elevada (desde luego, menor que la de las compensaciones que eventualmente tendría que pagar en el caso de los cierres de establecimientos de hostelería y análogos); y, sobre todo, (ii) a la sociedad le interesa incentivar estas actividades privadas, no desincentivarlas.

(26) En contra, *vid.* ARRUÑADA, B., «Quien cierra, que pague», *Voz Populi*, 28 de febrero de 2021.

(27) Según BLANQUER CRIADO (2020), los daños ocasionados por la imposición a ciertas gasolineras de la obligación de apertura son resarcibles a título de responsabilidad patrimonial (pp. 98 y 168). También son indemnizables los ocasionados por las requisas (pp. 58-73). En cambio, en el caso de la intervención de establecimientos sanitarios privados, estima que «solo hay derecho a percibir una indemnización si las pérdidas o la disminución de ingresos ha sido causada por la mala gestión administrativa mientras ha durado la intervención temporal de la empresa» (p. 77).

4. REGULACIONES DE PRECIOS Y OTRAS INTERVENCIONES EN LAS RELACIONES CONTRACTUALES PRIVADAS

Un grupo de casos particularmente dudosos es el de aquellos en los que el legislador ha intervenido en ciertas relaciones jurídico privadas, por ejemplo, al modificar el contenido de las obligaciones asumidas por las partes en virtud de un contrato. Sirvan algunos ejemplos:

El Decreto-ley catalán 34/2020, de 20 de octubre, otorga a los arrendatarios de locales de negocio afectados por la restricción de actividades con ocasión de la COVID-19 la facultad de requerir a los arrendadores el inicio de negociaciones para modificar las condiciones de sus contratos de arrendamiento. En caso de que no lleguen a un acuerdo, esta norma impone una reducción de la renta que puede llegar hasta un 50%. En sentido similar, el Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, reconoce a los arrendatarios de ciertos locales o industrias el derecho a obtener del arrendador durante un tiempo bien una reducción de la renta del 50% bien una moratoria de su pago, sin intereses.

Los Reales Decretos-leyes 37/2020, de 22 de diciembre, y 1/2021, de 19 de enero, otorgan a los jueces la facultad de suspender, bajo ciertas condiciones y durante el estado de alarma, el desahucio de personas que estén ocupando su vivienda habitual sin título habilitante. Ambas disposiciones reconocen el derecho de los propietarios a obtener, en determinadas circunstancias, una compensación económica por los perjuicios que les ocasione la suspensión.

En nuestra opinión, conviene distinguir entre dos tipos de casos. Cabe entender que no tienen carácter expropiatorio aquellas disposiciones (como las arriba citadas del Decreto-ley catalán 34/2020 y del Real Decreto-ley 35/2020) que tratan de establecer, con mayor o menor acierto, una regulación general equivalente o sustitutoria de la que las partes hubieran pactado ora inicialmente, de haber previsto *ex ante* la crisis de la COVID-19, ora posteriormente, tras renegociar *ex post* sus contratos a la vista de la pandemia (28). Es dudoso que aquí pueda hablarse siquiera de «privación patrimonial», pues el legislador trata simplemente de reflejar con carácter general la solución que las partes o incluso los jueces hubiesen establecido caso por caso en aplicación del Derecho vigente (en virtud, sobre todo, de la cláusula *rebus sic stantibus*). Es más, como bien advierte Blanquer Criado, estas disposiciones generales, en la medida en que reducen la discrecionalidad que los jueces tienen para decidir caso por caso, pueden llegar a tener un efecto beneficioso para las personas a las que aparentemente perjudican, al evitarles sentencias con un contenido todavía más desfavorable que el que resulta de tales normas (29).

En cambio, creemos que el Estado debe responder cuando la restricción o privación impuesta a una persona en beneficio de otra tiene por objeto una actividad socialmente deseable y, además, no hubiera sido establecida voluntariamente por ambas partes, ni *ex ante* ni *ex post*. Cabe razonablemente pensar que el propietario que ha conseguido una sentencia firme con el objeto de desahuciar a una persona que la está ocupando ilegalmente no aceptaría, ni *ex ante* ni *ex post*, que se suspendiera el desahucio durante varios meses y sin compensación. Nada ganaría con ello. No es razonable entender que esa suspensión sería la solución que ambas partes acordarían si se les dejara negociar libremente.

(28) Sobre el tema, *vid.* BLANQUER CRIADO (2020, pp. 127-140).

(29) BLANQUER CRIADO (2020, p. 140).

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARRUÑADA, B., «Quien cierra, que pague», *Voz Populi*, 28 de febrero de 2021.
- BEN-SHAHAR, O., «Causation and Foreseeability», en Faure, M. (ed.) *Encyclopedia of Law and Economics. Tort Law and Economics*, Edward Elgar, Cheltenham, 2009, pp. 83-108.
- BLANQUER CRIADO, D., *La responsabilidad patrimonial en tiempos de pandemia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- CIERCO SEIRA, C., *Vacunación, libertades individuales y Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- DOMÉNECH PASCUAL, G., «La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la adopción de medidas cautelares», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 125, 2005, pp. 65-99.
- «Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?», *Revista de Administración Pública*, núm. 183, 2010, pp. 179-231.
- «Cómo distinguir entre una expropiación y una delimitación de la propiedad no indemnizable», *InDret*, 1/2012.
- «Sobre el poder explicativo del análisis económico del Derecho. En especial, del Derecho de daños», *InDret*, núm. 2/2019.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «Existe un deber jurídico de soportar los perjuicios producidos por un acto administrativo declarado nulo por sentencia firme», *Revista de Administración Pública*, núm. 205, 2018, pp. 221-237.
- GARCÍA AMADO, J. A., «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, 2013, pp. 65-142.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1993, t. II.
- GARRIDO CUENCA, N., «Seguridad, riesgos y efectos adversos en materia de vacunación. Jurisprudencia sobre responsabilidad administrativa y reflexión: ¿es necesario o conveniente un fondo específico de compensación por daños vacunales?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 189, 2018, pp. 129-172.
- HAY, B. L. y SPIER, K. E. «Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Perspective», *Journal of Legal Studies*, núm. 26, 1997, pp. 413-431.
- LETELIER, R., «La falta de servicio en España», *Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado*, núm. 23, 2001, pp. 63-79.
- MARTÍN-CASALS, M., y SOLÉ, J., «Causal Uncertainty and Proportional Liability in Spain», en Gilead, I., Green, M. D., y Koch, B. A. (eds.), *Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives*, De Gruyter, Berlín, 2013, pp. 295-321.
- MEDINA ALCOZ, L., *La teoría de la pérdida de oportunidad. Estudio doctrinal y jurisprudencial de Derecho de daños público y privado*, Civitas, Madrid, 2007.
- «Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 153, 2012, pp. 153-181.
- *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Civitas, Cizur Menor, 2019.

- MIR PUIGPELAT, O., «Responsabilidad objetiva vs. funcionamiento anormal en la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 140, 2008, pp. 629-652.
- RAMOS GONZÁLEZ, S., «State liability for Personal Injuries Caused by the COVID-19 Disease under Spanish Law», Hondius, E. *et alii* (eds.), *Coronavirus and the Law in Europe*, Intersentia, 2020.
- REBOLLO PUIG, M., «Responsabilidad y ayudas públicas por daños de las vacunas contra la covid», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 93-94, 2021, pp. 68-79.
- RUDA, A., «El coronavirus en el derecho de daños: responsabilidad civil por daños causados en relación con la pandemia del COVID-19», en *Derecho de los Desastres: COVID-19, tomo II: Estudios Internacionales*, PUCP, Lima, 2020, pp. 1407-1430.

LA VACUNACIÓN CONTRA LA COVID-19 Y SUS PRINCIPALES DEBATES JURÍDICOS

César CIERCO SEIRA*

Resumen

La campaña de vacunación contra la COVID-19 representa una excelente oportunidad para profundizar en el estudio de la vacunación en clave jurídica. El marcaje tan estrecho del que viene siendo objeto por parte de los medios de comunicación y de la sociedad en general nos permite comprobar no solo la decisiva contribución de este instrumento, sino también la complejidad de muchas decisiones, incluidas algunas encrucijadas. Al mismo tiempo, han reverdecido algunos debates muy sustanciosos que, en el caso de España, no habían figurado en la agenda de vacunación de las últimas décadas y respecto de los que tampoco contamos con referencias normativas suficientemente expresivas. Se tiene así la impresión de estrenar ciertos dilemas o de encararlos con poca ayuda legal. En todo caso, es mucho lo que está en juego, pensando en la pandemia, por supuesto, pero también en el conjunto de la política de vacunación. El presente estudio pretende aportar al lector un esquema o guion de los dos principales debates, el relativo al acceso a las vacunas y el concerniente a su posible obligatoriedad, con el fin de contribuir a ese estudio de la vacunación desde la perspectiva jurídica.

Palabras clave

Salud pública, COVID-19, acceso a la vacunación, Nudging, vacunación obligatoria.

Abstract

The vaccination campaign against COVID-19 represents an excellent opportunity to improve the study of vaccination from a legal point of view. The narrow tracking that it has been subjected to by the media and society, in general, allows us to verify not only the decisive contribution of this instrument but also the complexity of many decisions, including some crossroads. At the same time, some very substantive debates have reappeared; deba-

* Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Lleida. Dirección de correo electrónico de contacto: cesar.cierco@udl.cat.

tes that, in the case of Spain, had not been considered in the vaccination agenda in recent decades and for which we do not have sufficiently expressive normative references either. Thus, one has the impression of having certain dilemmas or of facing them with little legal help. In any case, the stakes are high, thinking of the pandemic, of course, but also of the vaccination policy as a whole. This study aims to provide an introduction or script of the two main debates, the one related to access to vaccines and the one concerning their possible mandatory nature, in order to contribute to the study of vaccination from a legal perspective.

Keywords

Public health, COVID-19, access to vaccines, Nudging, mandatory vaccination.

SUMARIO: I. El punto de partida: una herramienta fundamental y esperanzadora. II. Una cuestión previa: el encauzamiento de los debates a partir de una estrategia o el empleo de la directriz coordinadora en vez de la norma. III. El debate sobre el acceso a las vacunas. 1. Recordatorio de la doble dimensión preventiva de la vacunación y de las razones de que el poder público desarrolle una política en este orden. 2. Las líneas maestras del acceso a la vacunación contra la COVID-19 trazadas por nuestra Estrategia. 3. La oportunidad de discurrir acerca de la mejora del acceso a la vacunación contra la COVID-19, incluso en clave de atractivo. IV. El debate sobre la obligatoriedad. 1. La preferencia por la recomendación ante la implantación de una vacuna nueva y el amplio margen de maniobra del poder público a la hora de diseñar y de perfeccionar una estrategia de vacunación. 2. Los contrapuntos imperativos basados en una causa de salud colectiva. A. La aplicación puntual de la Ley Orgánica de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. B. La restricción de otros derechos fundamentales distintos a la integridad física. El registro de la vacunación contra la COVID-19. C. El condicionamiento de actividades mediante la exigencia del certificado de vacunación. D. Las expresiones imperativas producto de la tutela judicial de la salud individual de personas vulnerables. El caso de los ancianos en residencias sin capacidad de consentir y las negativas de sus representantes o familiares. V. Final. VI. Bibliografía.

I. EL PUNTO DE PARTIDA: UNA HERRAMIENTA FUNDAMENTAL Y ESPERANZADORA

NO me resulta fácil reflexionar sobre la campaña de vacunación contra la COVID-19 y el impacto que ésta tiene o ha de tener previsiblemente en el marco regulador de la vacunación por dos razones elementales. La primera es que la campaña está en marcha y no está siendo precisamente un trayecto plano. Raro es el día que no nos despertamos con algún tipo de noticia al respecto. Es lógico que así sea pues la vacunación representa hoy por hoy la principal baza de que disponemos frente a esta terrible pandemia. En ella se halla depositada nuestra esperanza de retornar a una normalidad sostenible; sostenible desde un punto vista

sanitario, pero también social y económico. De modo que el foco mediático resulta del todo razonable. Ese mismo interés se ha encargado de revelar, por otra parte, que por delante de una campaña de vacunación aguardan muchos retos y una serie larga de contingencias, no digamos ya si, encima, ésta ha de desenvolverse a escala mundial y en condiciones estrictas de emergencia. Estamos asistiendo, en tiempo real, a la retransmisión de una anatomía implacable de las vicisitudes de la vacunación, con todo lo positivo que ello trae consigo y con el bagaje de información, razonamiento y estudio que genera a su alrededor y que, tamizado y reposado, permitirá dar un salto cualitativo en el progreso de la regulación de las vacunas y de la política de vacunación. Sea como fuere, hasta que esa calma llegue, un día preocupan las dificultades en el abastecimiento, otro nos sobrecogemos con la picaresca, saltamos a los efectos adversos raros, al papel de la Unión Europea, a la cohesión –o falta de– de las Administraciones y así siguiendo. Hasta la puntería respecto de lo esencial se ve alterada en ese sube y baja vertiginoso de la trascendencia: tan pronto reconocemos el carácter histórico, de hito, de la campaña que estamos presenciando como bajamos la mirada para ocuparnos de desviaciones impropias y casi caricaturescas. No hay duda de que, si medimos la importancia de un tema por las portadas y los titulares en los medios de comunicación, el de la vacunación se ha erigido en la estrella, máxime teniendo en cuenta la fuerza del reclamo de un asunto que, por su vocación masiva, nos conciernen a todos e impide la indiferencia. Digerir esta avalancha informativa en movimiento complica mucho, de todos modos, la perspectiva del jurista.

Pero hay una segunda razón que dificulta la cavilación jurídica: no contamos con un cuadro regulador de esta campaña de vacunación en grado de facilitar el escrutinio o el contraste, si se quiere, entre lo que está pasando y lo que debería estar pasando, así sea como respuesta ante el torcimiento. Es más, ni siquiera cabe acudir a una supletoriedad a la mano habida cuenta de que tampoco existe un texto legislativo vertebrador o regulador de las cuestiones capitales de la vacunación. El resultado: casi todo parece prestarse a la vacilación. No es que vea en la *lex certa* una suerte de panacea en grado de convertir en bálsamo lo que hoy se nos aparece como un rompecabezas o una amalgama. Tampoco pretendo sugerir que la discusión no convenga –que, desde luego, conviene siempre–. Pero el desfile de interpretaciones y opiniones si algo muestra a las claras es que nuestro ordenamiento jurídico no acierta a trasladar certidumbre y firmeza en la raíz, en la nuez de problemas importantes, lo cual, además de inquietante por la zozobra que traslada a la sociedad, testimonia el descuido del Estado en cuanto al mandato de sentar las bases de toda la materia sanitaria, también, pues, de la vacunación y su empleo ante epidemias. Lo comprobaremos sin falta en seguida: que la campaña se asiente en una Estrategia cuya naturaleza jurídica cuelgue, a su vez, de una figura nueva y de un órgano cuyo régimen de adopción de decisiones lleva décadas en el candelero por no haber sido aclarado el asunto legalmente, contribuye –a mi juicio, innecesariamente– a que hasta el «sustrato legal», por así decir, sea percibido como algo evanescente.

Claro que es bueno que se enfrenten los discursos de juristas sobre las preguntas que salen a nuestro encuentro mientras avanza la campaña de vacunación. Pero me cuesta entender la bondad de tener que hacerlo sin que la raíz de los temas más gruesos pueda ser identificada claramente en una norma. La imagen de que el régimen jurídico de temas tan cruciales como el alcance de la cohesión administrativa

o el marco aplicable a un salto hipotético a la obligatoriedad como canon general está algo así como en el limbo dista de parecerme una cosa estimulante. Porque una de las lecciones que, a mi juicio, dejará esta epidemia grabada en bronce es que la importancia del Derecho crece exponencialmente a medida que se agrava la amenaza y que la gestión de las emergencias de salud pública agradece la seguridad jurídica. Ciertamente, como valor complejo que es, la seguridad jurídica depende de muchos factores, entre ellos, claro está, la calidad de la ley. La ley es de calidad cuanto es clara, es decir, inteligible y fácil de aplicar. Pero también hace falta que sea completa en el sentido de dar respuesta a los problemas esenciales sobre los que se proyecta. Adviértase que no se trata de exigir un ideal superior. Lo sería si se exigiera, sobre la claridad, elegancia y, sobre la completitud, exhaustividad.

* * *

Excusada la limitación de estas reflexiones y relativizado su valor, trataré de que el lector transite por las dos sendas principales de discusión jurídica que viene planteando la campaña de vacunación contra la COVID-19. De una parte, el debate sobre el acceso a las vacunas (epígrafe III). De otra, el concerniente a su obligatoriedad (epígrafe IV). Con carácter previo, no obstante, he de detenerme en una premisa fundamental toda vez que el encauzamiento de la resolución de estos debates se ha llevado a término mediante una fórmula singular, casi creada para la ocasión, como es la aprobación de una Estrategia (epígrafe II).

II. UNA CUESTIÓN PREVIA: EL ENCAUZAMIENTO DE LOS DEBATES A PARTIR DE UNA ESTRATEGIA O EL EMPLEO DE LA DIRECTRIZ COORDINADORA EN VEZ DE LA NORMA

La toma de posición ante los principales debates o problemas jurídicos torno a la vacunación contra la COVID-19 se ha materializado en España mediante la aprobación de un documento que lleva por título «Estrategia de vacunación COVID-19 en España» –en adelante, simplificaré la cita hablando de la «Estrategia»– (1).

Pensando en su misión y contenido, el título se antoja sin duda apropiado. Y es que, en efecto, a la hora de diseñar una campaña de vacunación hace falta introducir en la ecuación un gran número de variables (2). Precisamente por eso no es

(1) La Estrategia, así como las sucesivas actualizaciones, pueden consultarse en mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/vacunaCovid19.htm.

(2) En el reto de generalizar una vacuna, la del COVID-19 o cualquier otra, intervienen un gran número de variables, comenzando por la imagen social de la vacunación. Imagen que es resultado a su vez de un crisol de elementos y experiencias, que suelen ser, por eso mismo, cambiantes en cada país. Pesa mucho la historia particular y la existencia o no de pasajes más o menos afortunados en la trayectoria de las políticas vacunales que se hayan puesto en práctica. También influye decisivamente, desde luego, el grado de fortaleza y solvencia del sistema sanitario encargado de la vacunación. Sin olvidar, por supuesto, el factor probablemente más decisivo de todos: la alianza de los profesionales sanitarios cuyo concurso, históricamente y por doquier, ha sido la llave de la confianza de los ciudadanos en las vacunas.

casual que hallemos documentos similares a lo ancho del mundo y, singularmente, en la Unión Europea, donde parece haberse asentado un binomio Estrategia europea-Estrategia nacional a partir de un reparto de roles y funciones (3). En todo caso, la concreta estrategia de generalización de la vacunación –incluida la almen-dra de la voluntariedad– es cuestión que queda en manos de cada Estado pues cae muy lejos todavía del alcance de la política en salud pública del art. 168 del Trata-do de Funcionamiento (4). El formato de la Estrategia, por lo demás, permite visua-lizar la idea de que estamos ante un documento «vivo», que necesariamente va a tener que revisarse y adaptarse de manera periódica; diría más: constantemente, como corresponde al propio ritmo que nos está imprimiendo la pandemia –vamos por la sexta actualización en el momento en el que escribo estas líneas—.

Esto sentado, con las lentes de un jurista puestas, la Estrategia resulta de con-tornos mucho menos claros. Por de pronto, llama la atención que, siendo así de fundamental la herramienta, no se haya hecho apenas cuestión del rango del conti-nente, y tampoco ayuda el texto de la propia Estrategia, donde no se dedica ningún espacio a poner en claro cuál es exactamente su naturaleza jurídica. El caso es que asistimos a una figura alumbrada en la fragua de la pandemia e introducida concre-tamente en la reforma exprés de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud operada por el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis ocasionada por el COVID-19 (5). Se pretendía en este punto dar más cuerpo a las «actuaciones coordinadas en salud pública», que era el instrumento de cohesión previsto para «Responder a situaciones de especial riesgo o alarma para la salud pública» (art. 65) y, en consecuencia, se aparecía la fórmula propicia para encauzar el nuevo paradigma de la «cogobernanza» donde el liderazgo había de recaer en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (CISNS). Cumple significar que una de las claves de la reforma de las actuaciones coordinadas pasó por añadir entre sus posibles contenidos la activación de «planes y estrategias de actuación para afrontar emergencias sanitarias». Se ampliaba así el elenco de medidas de coordinación dando un salto evidente de intensidad frente a la versión inicial. Si en un principio las actuaciones coordinadas apuntaban básicamente a la homogenei-dad técnica y a la información, añadir ahora la posibilidad de acordar planes y estrategias suponía entrar de lleno en la acción conjunta, en una coordinación, pues, de mayor significación y complejidad. Al fin y al cabo, para planear, para trazar una estrategia hace falta traspasar la frontera estrictamente técnica: hacer un diagnóstico de la situación, un pronóstico de la evolución, un cuadro de objetivos, un programa de acción y así siguiendo.

(3) Imprescindible aquí, por tanto, la consulta a las Comunicaciones de la Comisión «Estrate-gia de la UE para las vacunas contra la COVID-19», de 17 de junio de 2020, COM (2020) 245 final; y «Preparación para las estrategias de vacunación y el despliegue de las vacunas contra la COVID-19», de 15 de octubre de 2020, COM (2020) 680 final.

(4) Es cierto que la Política en Salud Pública no otorga a las instituciones comunitarias compe-tencias para penetrar en un reducto así de sensible para los Estados como es la política de vacunación. Basta constatar que en el mapa de los modelos de vacunación sistemática la disparidad entre los países miembros es bien llamativa.

(5) Hoy hay que estar ya a la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Cabe concluir, por consiguiente, que la Estrategia que nos ocupa es expresión de una actuación coordinada en salud pública (6). De esta suerte, comparte su naturaleza y sus atributos, singularmente la fuerza vinculante de los acuerdos para con las partes incluidas en ella, lo cual significa, lisamente, que sus contenidos –salvo las recomendaciones, es claro– obligarán a las Administraciones autonómicas en el sentido de que tendrán que hacer efectivas las directrices allí contenidas haciendo uso de su competencia ejecutiva general en materia de vacunación. En definitiva, la indagación sobre la naturaleza jurídica de la Estrategia va a parar, a mi modo de ver, a la Ley de Cohesión, a las actuaciones coordinadas en salud pública y, de allí, al régimen de las decisiones de las conferencias sectoriales, una vez reconducidas, *facta concludentia*, a su seno las dudas persistentes en torno al régimen supletorio aplicable al CISNS. Está por ver, eso sí, si esta reconducción «a campo travieso» se asienta, ya sea directamente, producto de la reforma de la Ley de Cohesión o, quizás, del Reglamento de funcionamiento del CISNS, o bien indirectamente, a consecuencia de un respaldo judicial firme.

Ahora bien, por las mismas razones, la Estrategia comparte las debilidades de las actuaciones coordinadas en salud pública. La principal, bajo mi punto de vista, la falta de una definición del alcance de su contenido y del procedimiento de aprobación (7). No puedo evitar seguir insistiendo en la misma idea-fuerza: se abusa en demasía del «perfil bajo» a la hora de dar respuesta jurídica a las emergencias de salud pública y se orilla el concurso de la ley sin reparar en sus bondades. La Estrategia, por desgracia, sigue transitando esta senda. Es señal de ello, por ejemplo, que no venga acompañada de ningún plan de reforma normativa siendo que, por un lado, estamos ante una de las campañas de vacunación más ambiciosas y relevantes de nuestra Historia reciente y, por otro, nuestro marco regulador de la vacunación adolece de importantes déficits (8). Me temo, además, que a esta inercia general de concebir las emergencias de salud pública como objeto extraño e inapropiado de regulación se suma la errónea concepción según la cual la vacunación recomendada no requiere ni agradece de una ley que le confiera soporte.

III. EL DEBATE SOBRE EL ACCESO A LAS VACUNAS

Preocupaba, antes que nada, dar con la vacuna. Pero se sabía igualmente que su producción y distribución representaba un reto de gran envergadura por la dimen-

(6) Concretamente, según se señala en la propia «Estrategia» (p. 15), responde a la Declaración de Actuaciones Coordinadas en Salud Pública acordada por el Pleno del CISNS el 9 de septiembre de 2020.

(7) La construcción de una pieza así de trascendental a partir de la sola habilitación contenida en el artículo 65.2.2.º de la Ley de Cohesión supone dejar a la «Estrategia» a una cierta intemperie. Precisamente por ello, importa todavía más si cabe que se aseguren escrupulosamente los pocos anclajes que allí aparecen. Los planes y estrategias ante las emergencias sanitarias constituyen mecanismos de realización de actuaciones coordinadas en salud pública; las cuales, a su vez, han de declararse por el Ministerio de Sanidad, previo acuerdo del CISNS. A este guion, pues, hay que ceñirse.

(8) Sobre las claves para una regulación general de la vacunación, me sea permitido remitirme *in extenso* a *Vacunación, libertades individuales y Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

sión y la escala, así como por la rapidez con la que, en buenos principios, debería desarrollarse la campaña.

En lo que concierne a la adquisición de la vacuna, España ha venido actuando bajo el paraguas diseñado por la Unión Europea, es decir, de una manera armonizada a nivel comunitario, mediante un mandato a la Comisión para concluir en su nombre *Acuerdos de Adquisición Anticipada* (APA, en el acrónimo inglés) con los fabricantes de vacunas (9). Se buscaba así poner remedio a los destrozos provocados en los lazos comunitarios como consecuencia de las iniciativas aisladas de cada país actuando por su cuenta, evidentes en ésta y otras crisis sanitarias anteriores. Asimismo, un paso adelante en este punto podía suponer para la Unión Europea un salto importante de cara a su política de salud pública y, aún más, de cara a su liderazgo dentro y fuera de la Unión. Los APA servirían para garantizar un suministro ágil y equitativo de la vacuna a los socios comunitarios, en cantidades proporcionales a su población, sin olvidar, por otra parte, un compromiso, así sea modesto, con la solidaridad internacional. Un tal planteamiento de acción conjunta se consideró un acierto pleno inicialmente, aunque en estos momentos se está viendo empañado por los problemas en las entregas previstas y los embates de lo que ha venido en denominarse *vaccine nationalism*.

Comprar y distribuir las vacunas. Quedaba, no obstante, otro peldaño: garantizar su acceso a la población. Y en esto la responsabilidad recaía exclusivamente en cada uno de los Estados. El Acuerdo con la Comisión Europea sobre vacunas contra la COVID-19 es diáfano a este respecto: «Las políticas pertinentes en materia de vacunación seguirán siendo competencia de los Estados miembros participantes» (art. 2) [...] «Los Estados miembros participantes que adquieran una vacuna serán responsables de su distribución y uso en virtud de sus estrategias nacionales de vacunación y asumirán plenamente la responsabilidad que conlleve dicho uso y distribución» (art. 6.3 *ibidem*).

* * *

Centraré mis acotaciones en las líneas maestras del acceso a la vacunación según la Estrategia española (2). Con carácter previo, no obstante, considero que es conveniente recordar brevemente por qué el poder público está llamado a capitanear la vacunación y su generalización (1). Asimismo, expuestas esas líneas maestras, intentaré justificar la importancia de discurrir sobre la manera de mejorar el acceso, desarrollando el contenido de la recomendación en vacunación, la función de persuasión en este campo, y ampliando las miras mediante la aplicación, por ejemplo, de *nudges* (3).

(9) Acuerdo entre la Comisión Europea y los Estados miembros sobre vacunas contra la COVID-19, hecho en Madrid el 20 de julio de 2020. El texto puede consultarse en el *BOE* de 5 de agosto.

1. RECORDATORIO DE LA DOBLE DIMENSIÓN PREVENTIVA DE LA VACUNACIÓN Y DE LAS RAZONES DE QUE EL PODER PÚBLICO DESARROLLE UNA POLÍTICA EN ESTE ORDEN

La vacunación tiene como seña de identidad destacadísima esa doble dimensión preventiva que aúna la faceta individual y colectiva. Juntamente con el interés personal de cada cual en prevenirse frente a ciertas enfermedades mediante la vacuna converge el interés general en que ciertas vacunas, las más significativas, se generalicen.

Ese interés general tiene, básicamente, una doble explicación. La primera viene dada por las propiedades de la suma. Cuantos más ciudadanos se vacunen, mejor será la salud de la población entendida como la sola suma de individuos. De ello se seguirán a su vez, solamente en razón de los números absolutos, destacadas derivaciones positivas: ya sea pensando en el funcionamiento y sostenibilidad del sistema sanitario asistencial que habría de ocuparse de la curación de la enfermedad o incluso yendo más allá, es decir, asociando la ausencia de la enfermedad prevenida con el impacto en el mercado laboral y al cabo en la economía.

Hay, no obstante, una segunda explicación que supone reconocer un valor extra añadido a la suma y que tiene que ver con la expansión epidémica de ciertas enfermedades y la posibilidad de cortocircuitar su propagación gracias a la inmunidad de grupo (10). De acuerdo con esta teorización, es posible aislar un umbral de población vacunada en grado de garantizar como efecto que, de aparecer puntualmente la enfermedad, su vocación de expansión epidémica quede bloqueada. La fijación de ese valor mínimo capaz de generar el escudo o égida que denominamos inmunidad de grupo acostumbra a desembocar en un porcentaje exigente, elevándose de manera considerable allí donde la contagiosidad de la enfermedad es muy acusada. Si se alcanza y se mantiene la inmunidad de grupo en una población, el interés general propio de la vacunación sufrirá una auténtica transmutación en el sentido de que permitirá no solo disponer del mejor mecanismo de defensa que conocemos frente a las epidemias, sino que, además, creará un vínculo de solidaridad robustísimo entre los miembros de la colectividad en la medida en que ese escudo o égida disminuirá la exposición o riesgo de contagio de todos a la enfermedad, lo cual no solo beneficiará a quienes se vacunen minimizando los eventuales fallos en la eficacia vacunal, sino que, sobre ello, protegerá a quienes por causas médicas no se pueden vacunar, quedando más expuestos a la enfermedad. Diríamos hoy que es un *win-win* en toda regla, visto que incluso aquellos que rechazan vacunarse allí donde se ha alcanzado la inmunidad de grupo se benefician de dicha inmunidad.

El conjunto de ventajas de la vacunación es, a la vista está, muy relevante. Por eso mismo, la vacunación obligatoria ha venido superando los exámenes de compatibilidad con las libertades individuales en tribunales constitucionales y supremos desde antaño en las distintas latitudes. Existe, en efecto, un *corpus* jurisprudencial rico y compacto en el constitucionalismo comparado que legitima la

(10) Una exposición muy entendedora de esta teoría puede encontrarse entre nosotros en el trabajo, que ya es un referente consolidado, de VAQUÉ RAFART, J., «Inmunidad colectiva o de grupo», *Vacunas*, 2, 2001, pp. 22-29.

restricción de los derechos individuales en beneficio de los programas de vacunación sistemática (11). Corpus en el que no falta tampoco la destacada contribución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cual, por cierto, hace apenas unos días, ha dictado una notabilísima sentencia, dando un renovado y recio aval a la vacunación obligatoria: *Vavříčka y otros c. República Checa*, de 8 de abril de 2021 (12). No procede glosar aquí, naturalmente, este pronunciamiento, llamado a sentar cátedra sobre la vacunación obligatoria, pero no puede por menos ser resaltado que, en lo que hace a la legitimidad del fin perseguido con la vacunación, el TEDH refuerza el discurso tradicional desde una doble perspectiva: de una parte, hace más hincapié en la protección de las personas que no pueden vacunarse por su estado de salud y que, en consecuencia, quedan a expensas de la solidez del escudo comunitario. Se apela así sin ambages a la «solidaridad social» (*social solidarity*) con los más vulnerables como valor perfectamente reconducible a «la protección de los derechos y las libertades de los demás», que es razón de restricción del derecho a la vida personal y familiar según el artículo 8.2 del Convenio (13). De otra, se introduce de forma muy resuelta el criterio del interés superior del menor como aval de la obligatoriedad de la vacunación pediátrica, lo cual no es un refuerzo argumental cualquiera toda vez que permite justificar la imposición de un deber orillando las consideraciones de salud colectiva y centrándolo en la sola dimensión preventiva individual, de suerte que puede extenderse así a vacunas, como la del tétanos, respecto de las que no cabe predicar el beneficio de la inmunidad de grupo (14). Transmite, en suma, el caso *Vavříčka* un mensaje firme: la vacunación persigue un objetivo que, sobre ser legítimo, está plenamente contrastado y tiene entidad. Tan es así que el TEDH no se ve en la necesidad de explorar otras sendas para añadir razones de justificación —como los efectos sobre el bienestar económico del país—, sin perjuicio de que deje abierta la puerta a desarrollos ulteriores.

* * *

Tenemos, por tanto, que la prevención sanitaria no puede entenderse en nuestros días sin la vacunación. Así que, la protección de la salud, en tanto que encargo

(11) Por ceñirme a Europa y a nuestros días, pueden referirse las decisiones de las Cortes Constitucionales de la República Checa (27 de enero de 2015); Francia (20 de marzo de 2015); Serbia (26 de octubre de 2017); Italia (18 de enero de 2018); o Moldavia (30 de octubre de 2018). Por cierto, que en la localización de estos pronunciamientos me ha resultado de gran ayuda la consulta a la base de datos en materia de jurisprudencia constitucional de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa: <http://www.codices.coe.int>.

(12) El grueso de la jurisprudencia elaborada por el TEDH en materia de vacunación obligatoria se contenía hasta esta sentencia en los siguientes pronunciamientos: Decisión de 15 de enero de 1998, *Carlo Boffa y otros c. San Marino*; Decisión de 9 de julio de 2002, *Ilenia Salvetti c. Italia*; Decisión de 25 de agosto de 2005, *Roland Courty y otros c. Francia*; Sentencia de 15 de marzo de 2012, *Solomakhin c. Ucrania*; Decisión de 12 de marzo de 2013, *Seyit Baytiüre y otros c. Turquía*; y Decisión de 15 de septiembre de 2015, *Blanka Fuxová c. República Checa*. Figuran, por otra parte, en la agenda del TEDH algunos recursos que todavía pueden ayudar a consolidar o precisar en algún extremo la doctrina *Vavříčka*. Atentos conviene estar en concreto a la resolución de los asuntos *J. Č. c. Croacia*, (recurso 11504/18); *Dragana Baša c. Serbia* (recurso 20874/18); y *Zlatan Vasić c. Serbia* (recurso 42860/18).

(13) Aunque el argumento resuena en muchos apartados, la esencia de su posición queda fijada en los §§ 279 y 306.

(14) Fundamental a este respecto el razonamiento que encontramos en el § 288.

cosido a la razón de ser misma de un Estado, conlleva la necesidad de organizar un servicio de vacunación a la población. Ciertamente, no encontramos en el Derecho internacional la consagración de un derecho humano a vacunarse, formulado tal cual, pero no parece muy complicado deducirlo como corolario, al menos a propósito de las vacunas que podríamos calificar de esenciales, del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud que se recoge en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (1966).

En el caso de España, la cosa es aún más evidente. Primero, por el propio marco o estándar europeo de inteligencia de los derechos humanos. Hace al caso recordar que el artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea prevé que «toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria». Pero es que, además, sin salir del texto de nuestra Constitución, encontramos una referencia igual de propicia, aunque esta vez formulada desde el otro lado: «compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios» (art. 43.2). Derecho a la prevención; obligación de los poderes públicos de prevenir; dos caras de la misma moneda. Y aunque no se aluda, *expressis verbis*, a la vacunación, es inconcuso que anida implícitamente en este tipo de enunciados, a no ser que quiera degradarse el propio término «prevención» a una suerte de *flatus vocis* (15).

Se desprende, en suma, que los poderes públicos no pueden desentenderse a la hora de plantar cara a una enfermedad como la COVID-19 y, más aún en un contexto pandémico como el actual, de la aparición de vacunas por lo que en sí mismas representan como mecanismo eficaz de prevención sanitaria.

2. LAS LÍNEAS MAESTRAS DEL ACCESO A LA VACUNACIÓN CONTRA LA COVID-19 TRAZADAS POR NUESTRA ESTRATEGIA

A. Las vacunas se administrarán de manera gratuita a través del Sistema Nacional de Salud», se afirma con rotundidad en la Estrategia. No hace falta decir que es ésta una proclamación sustanciosa pues, sin perjuicio de las consideraciones de orden formal ya expresadas acerca de la naturaleza de la Estrategia, significa, ni más ni menos, que la vacunación contra la COVID-19 es absorbida por las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud que son las que conforman el Sistema Nacional de Salud. A ello hay que añadir que tendrá carácter gratuito, de modo que no solamente se satisface sin ambages la garantía de asequibilidad –liquidando de un plumazo el debate generado a propósito del precio de otros medios de defensa contra el coronavirus, caso de las mascarillas, por ejemplo–, sino que, sobre ello, se crea un importante estímulo de cara a su generalización.

(15) No desarrollaré aquí el argumento, pero, en mi opinión, la vacunación tiene dos anclajes claros en nuestra CE: de un lado, el referido artículo 43.2 de la CE, conectando con el derecho a la protección de la salud; de otro, el artículo 15 *ibidem*, pensando en las obligaciones positivas que se extraen del derecho fundamental a la vida. Y es que, respecto de ciertas vacunas, principalmente pediátricas, supuestos los efectos fatales sobre la infancia de enfermedades como la difteria o la poliomielitis, no costaría, en mi opinión, reivindicar con base en el derecho a la vida la obligación positiva del poder público de proveerlas.

Hacerla pública y gratuita constituyen, desde luego, dos determinaciones muy relevantes de cara a alcanzar la misión de expandir al máximo la vacunación contra la COVID-19. Sería, de todos modos, ingenuo pensar, eso sí, que con ello es suficiente. Cuando el éxito de una vacunación se deposita en el acceso voluntario del ciudadano, las cosas no se consiguen sin más, por arte de encantamiento. Por de pronto, hay un *prius*: lo público debe ser sinónimo de calidad, en el sentido más exigente de la palabra. El acceso a una vacuna recomendada no rodará eficazmente a no ser que el servicio público encargado de administrarla actúe como un engranaje eficaz, conscientes de que el mínimo *bug* puede desencadenar problemas de imagen. La pandemia, además, nos ha enseñado crudamente la necesidad de interiorizar el valor del principio de eficacia de nuestras Administraciones, tal y como reclama el artículo 103.1 de la CE. Por tanto, de poco sirven las precisiones y los esfuerzos de perfilamiento si la maquinaria no se muestra eficaz sobre el terreno. Que haya un servicio de vacunación contra la COVID-19 de calidad constituye, por lo demás, la mejor carta de presentación posible. Y eso engloba muchas decisiones previas de orden estrictamente instrumental: dónde se almacenan las vacunas, cómo van a transportarse, en qué lugar va a vacunarse, quién lo hará, etcétera. Cuestiones que van a pesar en la práctica mucho más que algunas disquisiciones teóricas.

B. De la Estrategia se sigue que las vacunas COVID-19 se erogarán como prestación sanitaria pública. Ahora bien, esto sentado, son muchos los cabos que allí se dejan sueltos y que habrá que atar, si no hay interposición normativa –que no se avizora hoy por hoy–, aplicando por analogía las reglas de la vacunación sistemática. Sirvan para ilustrarlo dos ejemplos.

Reparemos, *in primis*, en la universalidad toda vez que las implicaciones de este postulado en el terreno de la sanidad son especialmente sensibles. Hace al caso el periplo de los últimos años a propósito de los extranjeros en situación irregular y que justamente tuvo en los argumentos de salud pública y en la contradicción epidemiológica que suponía la exclusión de un colectivo vulnerable a la hora de combatir enfermedades transmisibles una de las réplicas centrales a las restricciones de 2012. Hay que entender, así pues, que la universalidad de la atención sanitaria ha de predicarse, *a simile*, a la vacunación contra la COVID-19 y, por consiguiente, que los criterios de priorización no se ven perjudicados por el hecho de la nacionalidad o la regularidad de la situación.

Llama la atención, por poner un segundo ejemplo, que no se haya formalizado la exclusividad pública. Por la propia realidad de las cosas, sabemos que así es, aunque la Estrategia omite una explicación del porqué, lo cual nos permitiría descifrar si estamos ante una decisión más o menos reversible, es decir, si responde básicamente a la coyuntura de escasez del momento o a específicas necesidades organizativas. Considero, sea como fuere, que la exclusividad pública podría ampararse legalmente en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Medidas Especiales de Salud Pública –recordemos que es el único precepto de esta ley modificado durante la pandemia, concretamente mediante el Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo–, donde se prevé que «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». Con todo, que no se involucre a

la sanidad privada en la generalización de la vacunación constituye una opción que agradecería una mayor claridad explicativa toda vez que el papel de la sanidad privada en el contexto general de la vacunación sistemática no es menor y ello puede ser relevante en términos de acceso y generalización de la vacunación, tanto por la multiplicación de los recursos asistenciales como por el valor de las alianzas que puede generar, especialmente en lo que hace a la confianza de una parte de la población.

C. La producción de vacunas y su suministro en el marco de negociación creado por la Unión Europea lleva a un horizonte de acceso escalonado y gradual a un catálogo diverso de vacunas por parte de los Estados. Vale decir, pues, que toca regular el acceso en el sentido de establecer prioridades. El asunto es capital porque sin criterios objetivos bien fijados podría quebrar el principio de igualdad. Se conoce por el espacio dedicado y el interés que pone la Estrategia en este punto que se es consciente de su relevancia desde todos los ángulos de análisis posibles. No es éste el lugar para abordar cuáles han sido los criterios utilizados a la hora de efectuar esa priorización inicial y sus resultados. Solo indicaré que se ha tenido muy en cuenta el enfoque bioético, además de otro tipo de variables, aprovechando así las enseñanzas de esta disciplina en cuanto a la distribución de recursos escasos en los contextos de emergencias de salud pública.

D. En la vacunación recomendada la clave del éxito reside, fundamentalmente, en dos grandes pilares: el acceso a la vacuna y la confianza. Dejo para otro lugar el examen de este segundo pilar, que conduce a su vez a cuatro grandes temas cuyo análisis, amén de exigente, me alejaría demasiado de la cuestión central que aquí nos ocupa: el rol de los profesionales sanitarios en la recomendación de la vacunación; las alianzas públicas y privadas en vacunación; la fortaleza y transparencia en la labor de farmacovigilancia; y, por último, la desinformación, específicamente en materia de vacunas contra la COVID-19.

3. LA OPORTUNIDAD DE DISCURRIR ACERCA DE LA MEJORA DEL ACCESO A LA VACUNACIÓN CONTRA LA COVID-19, INCLUSO EN CLAVE DE ATRACTIVO

Dejando a salvo la logística, la operatividad y el rigor técnico del proceso –que es lo más importante, desde luego–, cabe pensar en introducir elementos que faciliten al máximo y aun hagan atractiva la vacunación. Comprendo que, en estos instantes, cuando el problema es la escasez que ha comprometido el rimo previsto, llamar a cavilar sobre cómo mejorar el acceso parezca estrambótico y fuera de orden. Sin embargo, no hay que perder de vista que el objetivo último es generalizar la vacunación y que, como tal, puede toparse con capas o segmentos de la población menos convencidos (i); que es un proceso inédito y que, por tanto, pueden surgir imprevistos que provoquen recelos o comprometan la predisposición favorable general (ii); sin perder de vista, por otra parte, que la campaña de vacunación contra la COVID-19 que hoy se contempla como algo puntual acaso acabe convirtiéndose en estacional, en cuyo caso, además de alcanzar unas tasas, surgirá el reto de mantenerlas sostenidamente (iii).

No me cabe la menor duda de que, además de la calidad del servicio, allí donde se apuesta por la vacunación recomendada como vía de generalización de una vacuna, es de recibo para mientes en las condiciones de acceso, en si es fácil, sencillo vacunarse. Y es que la necesidad de hacer una larga cola, rellenar un formulario o desplazarse, por usar escollos gráficos, puede marcar nuestra reacción en un momento dado. El horario, la distancia, el lugar y así siguiendo son circunstancias que pueden antojarse aparentemente menores, pero que, en el contexto de una vacunación recomendada, suben un punto en cuanto a relevancia estratégica. No en vano, algunos autores se fijaron de inmediato en el *nudging* como herramienta propicia para promover la vacunación contra la COVID-19 y se afanaron en dar con propuestas sugerentes en este sentido: desde las que ponen el acento en la manera de dar información a las que insisten en la multiplicación de los lugares de vacunación, pasando por otras como la visualización, la personalización, la aplicación de avisos o recordatorios, la cita previa, la entrega de certificados electrónicos instantáneos y así una larga lista (16).

Conforman estas propuestas un escaparate muy colorido, puntualmente pintoresco bajo la mirada de nuestra familia legal, pero al que, en mi opinión, vale la pena asomarse. De hecho, algunas de estas ideas ya se están aplicando sin que formen parte de ningún plan conductual preestablecido –v. gr. la cita previa–, lo cual es señal no solo de que el empleo de *nudges* (empujoncitos o acicates) a menudo puede llevarse a cabo en el plano puramente ejecutivo, sino de que hay margen para su utilización sin necesidad de un forzamiento de las categorías convencionales que manejamos entre nosotros. Desde la propia teorización del fomento o del servicio público sería posible justificar la cabida y aun idoneidad del *nudging*. Sin embargo, antes que la disolución, soy más partidario de significar la identidad de esta herramienta con el fin de ayudar a enriquecer ciertas formas de acción de la Administración que agradecerían una mayor teorización antes que reputarse zonas donde los logros y avances no suelen pasar de considerarse buenas prácticas o chispazos de ingenio. Singularmente, estoy pensando en la recomendación, que pasa por ser la quintaesencia de nuestro sistema de vacunación y, también, de la campaña específica contra la COVID-19. No me adentraré aquí en ello, pero la recomendación lleva ínsita la persuasión, esto es, la necesidad de inducir a la población a vacunarse con razones. Aunque no es fácil delimitar los perfiles de la categoría, tengo para mí que el estudio del *nudging* puede revelarse de gran ayuda con vistas a proveer de más sustancia, de mayor articulación y sofisticación, y a ampliar el

(16) Los *nudges* se definen como intervenciones que, inspirándose en la arquitectura social decisoria que van descubriendo las ciencias del comportamiento, buscan incidir en la conducta de las personas sin cargas o ventajas significativas y sin comprometer su libertad de elección. Una guía introductoria muy clara en Cass R. SUNSTEIN, *Behavioral Science and Public Policy*, Cambridge University Press, 2020. Entre nosotros, son fundamentales las aportaciones de Juli PONCE SOLÉ –por ejemplo: «Derecho Administrativo, Ciencias Conductuales y *Nudging* en la gestión pública», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 15, 2108, 8-27–. Para profundizar específicamente en el elenco de alternativas que proporciona el *nudging* aplicado a la vacunación, véase Katie ATTWELL y David T. SMITH, «Hearts, minds, nudges and shoves: (How) can we mobilise communities for vaccination in a marketised society?», *Vaccine*, 36, 2018, 6506-6508. Un cuadro específicamente diseñado para la vacunación contra la COVID-19 es el que se ofrece en el documento *Behavioural Considerations for Acceptance and Uptake of COVID-19 Vaccines*, elaborado por el WHO Technical Advisory Group on Behavioural Insights and Sciences for Health, octubre de 2020: <https://www.who.int/news/item/21-12-2020-behavioural-considerations-for-acceptance-and-uptake-of-covid-19-vaccines>.

catálogo con nuevas técnicas. Por supuesto, es este un terreno en el que conviene estar siempre en guardia ante los riesgos que entraña la manipulación y el paternalismo, que son dos de los principales temores del *nudging*, pero, neutralizadas estas derivas –básicamente, a base de transparencia–, hay mucho trecho por recorrer. Fiada la inmunidad de grupo a la aceptación de la ciudadanía, resulta de recibo fijarse en los detalles, ser creativos, pulir los sesgos del comportamiento, atender al lenguaje y servirse de técnicas que, insisto, ya aplicamos en ocasiones sin reparar en toda su profundidad.

IV. EL DEBATE SOBRE LA OBLIGATORIEDAD

Tan pronto se supo de la realidad de la vacunación, asistimos a un intenso y vivo debate acerca de la oportunidad de que adquiriese carácter obligatorio. Se invocaron, en sostén de esta opción, razones de índole muy diversa: desde las que apelaban a la importancia del «pragmatismo» ante un escenario con graves urgencias, un tejido social vapuleado por los estragos de la pandemia y una previsible resistencia de una parte de la población; a las que, en clave más filosófica, trataban de significar el valor «igualitario» que subyace en la formulación de un deber, de vocación universal, más aún cuando de lo que se trata es de alcanzar y preservar un valor o bien general en forma de inmunidad de grupo. Razones que suelen venir remachadas al cabo por un argumento interpretativo bien conocido en Derecho: *a maiore ad minus*. Después de todo, se ha razonado, el paradigma del *lockdown* vigente se ha construido sobre la base de una lógica obligatoria y universal. ¿Por qué variar el criterio a cuenta de la vacunación?

El debate inicial sobre qué modelo adoptar en la generalización de la vacunación contra la COVID-19 se ha zanjado a favor de la voluntariedad. Esa toma de posición en el caso de España ha sido consignada en la Estrategia y está fundada en la «firme convicción de que se pueden lograr mejores resultados de aceptabilidad si la vacuna es voluntaria» (17). Estamos, pues, ante una decisión que busca la mejor manera de acertar con la introducción y generalización de la vacuna confiando a tal efecto en la roca que proporciona nuestro sistema de vacunación sistemática, de corte recomendado y de resultados muy exitosos en cuanto a coberturas hace. De manera que la buena salud de la vacunación ordinaria en nuestro país invita a seguir por el mismo camino, sin cambiar los parámetros esenciales de un sistema engrasado y fiable. No es, por lo demás, la de España, una posición singular o discordante en el panorama internacional. Se alinea, antes bien, con la tónica perceptible en las estrategias nacionales a nivel mundial (18).

(17) Estrategia de vacunación COVID-19 en España. *Líneas maestras*, p. 4.

(18) La acentuación del peso del componente global en la vacunación contra la COVID-19 constituye un rasgo de esta campaña. Con sus luces, sin duda, pero también con sus sombras, especialmente en lo que hace a la solidaridad, mostrando, me temo, una quiebra en la propia inteligencia de las amenazas sanitarias. Dejando a un lado las carencias en la respuesta global compartida, hay que subrayar sin falta el alineamiento mundial en aspectos esenciales de la estrategia seguida (voluntariedad, priorización...). No es que la vacunación no sea habitualmente una materia que se preste a la internacionalización en el sentido de comparar y poner en común soluciones. Lo que ocurre es que constituye a la vez un reducto que los Estados preservan a cal y canto. Basta ver que no se han adoptado acuerdos

Esto sentado, la campaña de vacunación contra la COVID-19, por muchas razones, se aleja notoriamente de una campaña convencional de vacunación. Se desenvuelve en medio de una pandemia que, amén de su fuerza devastadora en todos los órdenes, se caracteriza por habernos acostumbrado amargamente a un escenario inestable e incierto que relativiza extraordinariamente la firmeza de las decisiones. De ahí que la Estrategia de vacunación se autocalifique, por fuerza, como documento vivo y de ahí también que sus líneas maestras, la voluntariedad entre ellas, estén comprometidas por la evolución de las cosas. Cabe, así pues, que, abstrayéndonos incluso de imprevistos y sobresaltos, la estrategia diseñada encalle en el sentido de que la apelación a la colaboración de los ciudadanos no permita alcanzar coberturas satisfactorias, el umbral de la inmunidad de grupo –a cuyo efecto se maneja convencionalmente el porcentaje del 70 por ciento de la población– o que no permita hacerlo en un plazo razonable –la razonabilidad aquí la marca, me temo, el cariz de la realidad–. Sería imprudente, por todo ello, no contemplar como hipótesis, siquiera sea remota o aun como *ultima ratio*, un escenario de eventual imposición de un deber de vacunación contra la COVID-19 como reacción estructural (1).

Por otra parte, en el mejor de los casos, aunque no hubiera que cambiar el signo general de la vacunación, hay que tener presente que en un modelo recomendado pueden aparecer manifestaciones imperativas o de obligatoriedad perfectamente compatibles, ya sea porque la protección de la salud colectiva exija en un momento dado o a propósito de un problema determinado el establecimiento de contrapuntos o bien porque sea el propio interés individual de la prevención de la salud de una persona –que no pueda decidir por sí misma– el que así lo justifique. Teniendo esto presente, trataré de esbozar el mapa de la imperatividad en la vacunación recomendada a partir de la naturaleza, colectiva (2) o individual (3), de la causa o razón del contrapunto.

1. LA PREFERENCIA POR LA RECOMENDACIÓN ANTE LA IMPLANTACIÓN DE UNA VACUNA NUEVA Y EL AMPLIO MARGEN DE MANIOBRA DEL PODER PÚBLICO A LA HORA DE DISEÑAR Y DE PERGEÑAR UNA ESTRATEGIA DE VACUNACIÓN

Si hay vacuna disponible ante una enfermedad grave, el Estado tiene que tomar cartas en el asunto. Surge entonces el dilema que tanto atrae: ¿se impone obligatoriamente o se fía a la voluntad de cada cual? Lo cierto es que presentada la disyuntiva tal cual, sin matices, puede trasladarse la idea de que la elección entre los dos

internacionales conducentes a fijar las vacunas esenciales, a garantizar su régimen de accesibilidad o el compromiso en la erradicación de enfermedades a partir de la vacunación. Se aprecia, en consecuencia, un mosaico de políticas nacionales de vacunación dispares, por más que todas coincidan en la misión última perseguida. Otro tanto ocurre en el seno de la Unión Europea. Las competencias comunitarias en materia de salud pública no permiten penetrar en el núcleo de las decisiones vacunales estatales. Pues bien, es novedoso el alineamiento que se ha producido a escala mundial en cuanto a las líneas principales de la estrategia de vacunación contra la COVID-19: sin que éstas vengan impuestas desde ninguna instancia internacional –pues no hay base jurídica para ello, como decía–, se han multiplicado los lugares comunes, comenzando por esta elección del modelo recomendado como canon de partida.

modelos es libre en el sentido de que no existe ningún tipo de condicionante legal que marque el punto de partida. ¿Es esto así?

En mi opinión, no exactamente. Comencemos por el plano constitucional. Nuestra CE, en su artículo 43.2 deja expedito el camino a ambas vías: «Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto». Se traslada, así pues, al legislador la responsabilidad de modelar la política de vacunación en cada momento. Un margen de maniobra que constituye uno de los lugares comunes en el tratamiento de la constitucionalidad de la vacunación obligatoria: la significación de la discrecionalidad del legislador en esta encrucijada. No en vano, es ésta una de las principales enseñanzas que se extraen de la reciente y trascendental sentencia del TEDH en el asunto *Vavříčka y otros c. República Checa*, llamada a sentar *–rectius*: consolidar las bases de la relación entre la vacunación obligatoria y las libertades individuales. En ella, además de un renovado y recio aval a la vacunación obligatoria, como ya se señaló más arriba, se resuelve esa aparente contradicción que arroja el mapa-mundi europeo –y mundial– respecto de las políticas de vacunación: ¿cómo puede justificarse el recurso a la obligatoriedad siendo que hay países, como España, que logran mantener las coberturas de vacunación óptimas a base de recomendar? Pues bien, el TEDH ha dejado claro que, lejos de la paradoja, la diferencia de criterio responde a la idiosincrasia de cada país y de cada tiempo y entra perfectamente dentro del «margen de apreciación» (*margin of appreciation*); margen que, en esta cuestión, debe ser, además, «amplio» (*wide*) (19). Resulta de todo ello que también en España cabe que el legislador module su política de vacunación atendida la realidad de cada momento. En el bien entendido, por supuesto, que esa discrecionalidad del legislador no justifica la arbitrariedad –proscrita *ex art.* 9.3 de la CE– y que, por tanto, recomendación y/o obligación en la vacunación deben tener en su trasfondo una explicación cabal.

Precisado el plano constitucional, ocurre que las medidas adoptadas en el marco de la salud pública, supuesta su propia naturaleza, se compadecen inicialmente mejor con la voluntariedad, con la complicitad, si se quiere, de los ciudadanos. Hay una explicación de orden ontológico, que conecta con principios nucleares que informan la salud pública moderna (educación, participación, corresponsabilidad...) y con su misión de alcanzar el mayor nivel de salud posible, pero hay igualmente razones puramente pragmáticas que tienen que ver con la masividad y la imposibilidad material de arbitrar un control sobre el conjunto de

(19) Son muchas las enseñanzas que cabe extraer del caso *Vavříčka* en orden al discurso sobre la vacunación obligatoria, su general compatibilidad con los derechos humanos y las condiciones necesarias en clave de proporcionalidad. Una de ellas atañe al margen de apreciación de los Estados a la hora de decidir cómo diseñar la implementación de su política de vacunación. A este respecto, son tres las constataciones del Tribunal. Primera: que hay un consenso entre los Estados parte en torno a la importancia y conveniencia de la vacunación. Segunda: que, a partir de aquí, no lo hay, en cambio, en cuanto al modelo a seguir para alcanzar y proteger ese objetivo; antes bien, se advierte la presencia de un amplio espectro de sistemas, más o menos incisivos. Y tercera: que la opción acogida por los Estados admite modulaciones en el tiempo, lo cual explica los recientes cambios experimentados en diferentes Estados (Francia, Italia y Alemania, por ejemplo) en los últimos años. Teniendo en cuenta todo ello, el TEDH reconoce la existencia de un ancho margen de apreciación (véanse en particular los §§ 276-280).

los determinantes de la salud. No ahondaré en la explicación conceptual (20). Me interesa, eso sí, subrayar que esta preferencia tiene una plasmación legal positiva. Así, el artículo 28 de la Ley General de Sanidad, ubicado dentro del capítulo dedicado a *La intervención pública en relación con la salud individual colectiva*, establece que «todas las medidas preventivas contenidas en el presente capítulo deben atender a los siguientes principios: a) Preferencia de la colaboración voluntaria con las autoridades sanitarias [...]».

Preferencia expresa que, por lo demás, si atendemos a la –parca– legislación en materia de vacunación, puede colegirse igualmente de la redacción de la base cuarta de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 1944 –después de la modificación de su tenor por la Ley 22/1980, de 24 de abril–. No solo porque queda claro que se ha optado por un modelo recomendado como regla aplicable a la vacunación sistemática ordinaria, sino porque, además, respecto de las nuevas vacunas se señala lo siguiente: «en todas las demás infecciones en que existan medios de vacunación de reconocida eficacia total y parcial y en que esta no constituya peligro alguno, podrán ser recomendados y, en su caso, impuestos por las autoridades sanitarias». *Ergo*, dos momentos: recomendación, de partida y, «en su caso», imposición o, si se quiere, una suerte de opción por defecto a favor de la voluntariedad o recomendación.

Esta prioridad que cabe conceder a la vacunación voluntaria no significa, de todas maneras, que la vacunación obligatoria haya de ser concebida, en consecuencia, en clave de estricta supletoriedad, afirmando que solo cabrá recurrir al deber allí donde la primera falle, es decir, bajo la previa condición de haberse demostrado ineficaz la movilización espontánea. Lo que imponen el artículo 28.a de la LGS y la base cuarta de la LBSN es que la vacunación obligatoria tenga tras de sí un razonamiento suficiente en grado de explicar la necesidad y/o oportunidad de dar el salto y no dejar las cosas en brazos de la respuesta voluntaria de los ciudadanos. Explicación que puede ser de muy diverso tipo y que no tiene por qué exigir una previa demostración empírica, una prueba de la ineficacia de la voluntariedad, sin perjuicio de que ésta pase por ser, en efecto, la manera más sencilla de invocar la obligatoriedad. Por eso, de entrada, la activación de la vacunación obligatoria *per saltum* en un escenario nuevo requeriría de una motivación cualificada. La novedad favorece que se opte por la voluntariedad. De la misma manera que, si pasado un tiempo, se conoce que la causa no cuaja y se aleja el objetivo de la generalización, confirmándose los efectos beneficiosos de lo ya alcanzado, la obligatoriedad ganará enteros en cuanto a eventual justificación hace. Sea como fuere, es fundamental entender que se trata de una decisión estratégica y, por consiguiente, que no queda sino conceder un amplio margen de maniobra, de apreciación al poder público. Otra cosa es que, de tener que virar, nuestra legislación sanitaria tropezaría con importantes dificultades, producto de su precariedad (21).

(20) Para profundizar, puede servir como primera aproximación 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, 74-87.

(21) De ello trato de dar cuenta en «La vacunación obligatoria y su eventual proyección sobre la COVID-19», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 93, 2021, en prensa.

2. LOS CONTRAPUNTOS IMPERATIVOS BASADOS EN UNA CAUSA DE SALUD COLECTIVA

A. **La aplicación puntual de la Ley Orgánica de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública**

El interés sanitario colectivo puede llevar a que, puntualmente, haya que acudir a la imposición de mandatos de vacunación. Para que ello ocurra hace falta que se dé un episodio de urgencia o necesidad acentuada –por encima, pues, de la gravedad que ya de por sí trae consigo la pandemia– en grado de justificar que se ponga en marcha la maquinaria de la Ley Orgánica de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. De hecho, contamos con el valioso precedente de su aplicación en 2010, a cuenta de un brote de sarampión en un barrio de Granada, ejemplificando, pues, que, aun siendo la vacuna contra el sarampión de carácter recomendado, cabe legitimar su imposición coactiva allí donde concurra un supuesto de particular urgencia o necesidad (22). La clave residirá, siguiendo la arquitectura de la LOMESP, en razonar esa acentuación puntual del riesgo, es decir, en explicar las razones de la singularidad del lance dentro del contexto general de la estrategia voluntaria de vacunación.

B. **La restricción de otros derechos fundamentales distintos a la integridad física. El registro de la vacunación contra la COVID-19**

Con base igualmente en el interés sanitario colectivo, pueden aparecer medidas imperativas relacionadas con la gestión pública del proceso de vacunación que, sin merma del derecho fundamental a la integridad física y de la libertad consecuente

(22) Los hechos ocurrieron en Granada. Detectado un brote de sarampión, la Junta de Andalucía, ante la falta de colaboración e incluso la negativa de algunos padres, decidió solicitar el auxilio de la Justicia, lo que dio lugar a la primera y hasta el momento única autorización judicial que se ha concedido en España para vacunar con carácter obligatorio por causa de salud pública. La autorización judicial fue otorgada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Granada mediante Auto de 24 de noviembre de 2010 (recurso 918/2010). Posteriormente, dicho auto vino confirmado en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sentencia de 22 de julio de 2013, recurso 667/2012). Aunque algunos padres discutían la necesidad de utilizar la inmunización en detrimento de otras medidas, en su opinión, menos agresivas como el aislamiento domiciliario, los órganos jurisdiccionales van a significar cómo el resultado del balance entre la cara positiva de la vacuna antisarampionosa, conformada por su altísima efectividad como medida preventiva y de bloqueo de la expansión epidémica, y la cara negativa, circunscrita a molestias leves y pasajeras, se decanta ostensiblemente a favor de la primera. Interesante, en este sentido, cómo se despacha la comparación entre vacunación y aislamiento:

«En relación a la proporcionalidad de la medida de vacunación forzosa acordada, se ha cuestionado por los apelantes, con referencias a un informe emitido por el Profesor Simón (cuya copia ni siquiera se aporta) que debiera haberse adoptado como medida la de aislamiento voluntario. Sin embargo, esta Sala no llega a vislumbrar porqué sería más proporcionado tal aislamiento, ya que el mismo incidiría sobre el derecho fundamental de libre circulación de las personas, tendría una duración incierta (dado que habría que esperar para su finalización a la erradicación total del brote) y su cumplimiento sería de difícil control por parte de la Administración. Con ello, se cuestiona también la propia eficacia de esta medida considerada más adecuada, o al menos, proporcional, por parte de los apelantes» (STSJ de Andalucía de 22 de julio de 2013, recurso 667/2012, FD 5.º).

de consentir la vacuna, supongan injerencias en otros derechos o libertades individuales. Una muestra la encontramos en el registro de la vacunación contra la COVID-19.

A tenor de la Estrategia, está prevista la creación de un registro de carácter estatal –todavía en ciernes– (23). Su objetivo o finalidad no es otra que suministrar información a las autoridades sanitarias sobre el despliegue y progreso de las labores de vacunación a fin de que puedan adoptar las oportunas decisiones y ajustes con un conocimiento certero del terreno. Los registros de salud pública tienen, por lo demás, una larga tradición en el campo de la vigilancia epidemiológica y su creación tiene generosos anclajes legales (24). Lo cual no significa, sin embargo, que este tipo de registros esté exento de problemas. La inquietud sobre el uso que pueda hacerse de la información allí contenida y el temor por las gravísimas consecuencias de una revelación indebida suelen ser razón de controversia. Ya ocurrió a propósito de los registros VIH-SIDA, que generaron una gruesa litigiosidad cuya síntesis puede hacerse destacando el respaldo judicial a su viabilidad legal como medida necesaria de vigilancia epidemiológica, si bien con la exigencia de aplicarse en el respeto a las garantías habida cuenta de la entidad y sensibilidad de los datos recogidos, en consonancia, por lo demás, con los principios y requerimientos que informan la normativa en materia de protección de datos de carácter personal (25). También con ocasión del registro de vacunación contra la COVID-19 pueden reproducirse algunas de estas fricciones, especialmente si no se cuidan y precisan los contornos del registro del rechazo a la vacunación. Señalo esto porque, conforme a la Estrategia, «Todas las dosis de vacuna administradas deben registrarse en el registro o sistema de información de vacunación de cada CCAA, que confluirán en el registro único, incluyendo todas las variables requeridas: información de la persona a vacunar, información de la vacuna y del motivo de vacunación. También deberá rellenarse la causa de no vacunación de la persona candidata, cuando la vacunación no se lleve a cabo» (26). Extremo en el que se insiste, además, en sucesivas actualizaciones: «Se considera importante registrar los casos de rechazo a la vacunación en el Registro de vacunación, con la finalidad de conocer

(23) Entre los elementos de la gobernanza de la estrategia de vacunación figura «La creación de un Registro estatal de vacunación COVID-19 por parte del Ministerio de Sanidad en colaboración con las comunidades y ciudades autónomas, que se nutrirá con la información procedente de los registros y sistemas de información de vacunas, o de cualquier otro sistema con información de interés de las comunidades y ciudades autónomas» (*Estrategia*, p. 15). Cumple señalar que, desde un punto de vista competencial, la creación de registros estatales en materia sanitaria se ha considerado compatible con la competencia general ejecutiva de que gozan las CCAA en este orden siempre que medie una razón que justifique la necesidad de centralizar la información.

(24) Entre esos respaldos destaca el artículo 23 de la LGS, a cuya virtud «Para la consecución de los objetivos que se desarrollan en el presente capítulo, las Administraciones Sanitarias, de acuerdo con sus competencias, crearán los Registros y elaborarán los análisis de información necesarios para el conocimiento de las distintas situaciones de las que puedan derivarse acciones de intervención de la autoridad sanitaria».

(25) Hay que estar hoy, en particular, a lo previsto en los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Es fundamental tener presente, como punto de partida, que estamos hablando de datos personales relativos a la salud y, en consecuencia, de una categoría especial de datos personales cuyo tratamiento implica la exigencia de garantías reforzadas.

(26) Véase la *Estrategia*, p. 83.

las posibles razones de reticencia en diferentes grupos de población» (27). Información ésta que puede ser de gran interés de cara a diseñar acciones o planes específicos, aunque no hay que olvidar que lo que aquí se plantea no es un simple sondeo de opinión (28).

Recogiendo el guante, el legislador catalán ha aprobado la creación de un Registro de vacunación que, en relación con la vacunación contra la COVID-19, prevé el asiento no solo de las personas finalmente vacunadas, sino también de las que renuncien o rechacen la vacuna, con indicación de una de estas tres razones: la existencia de contraindicaciones para su administración, la inmunidad ya adquirida, o, por último, «la libre decisión» (29). Se quiere así tener constancia de la razón de la omisión, separando claramente las causas médicas de las personales. Ciertamente, el motivo último, el fuero interno, no se revela —exigirlo haría que la colisión con libertades como la de pensamiento o conciencia fuese frontal y mucho más difícil de justificar (30)—, pero cabría cavilar si acaso no podría haberse utilizado una descripción más genérica de esta variable del estilo de «otras causas» a fin de alejar las fricciones que puede sugerir un vínculo con las creencias personales. Como sintagma, «libre decisión» se sitúa en el filo y, siendo necesario el registro del rechazo y su razón, me limito a plantear si no podría haberse rebajado la tensión en este punto con una formulación menos expresiva (31).

En todo caso, a los efectos de este estudio, es suficiente con reparar en cómo este componente de la estrategia de vacunación tiene carácter mandatorio. El registro proyectado de las personas a las que haya ofrecido la vacunación, la hayan aceptado o no, es obligatorio y no requiere de un consentimiento previo a fin de recoger y tratar los datos necesarios. Es una medida que limita imperativamente, en razón del interés general del seguimiento epidemiológico de la campaña, el derecho fundamental a disponer de los datos de salud personales. Aun siendo el canon recomendado, no todo lo que rodea a la vacunación tiene por qué ser, a la vista está, voluntario.

(27) Véase la *Actualización 1*, p. 7. La misma idea se repite en la *Actualización 3*, p. 13; la *Actualización 4*, p. 17; la *Actualización 5*, p. 16; *Actualización 6*, p. 16.

(28) Que es una alternativa que sugiere Miguel Ángel RAMIRO AVILÉS, *Sobre la Estrategia de Vacunación*, 4 de enero de 2021: <https://agendapublica.es/sobre-la-estrategia-de-vacunacion>, muy crítico con el registro de las razones de la reticencia a la vacunación.

(29) Creado por el artículo 3 del Decreto-ley catalán 48/2020, de 1 de diciembre, de medidas de carácter organizativo en el ámbito sanitario, social y de salud pública para hacer frente a la crisis sanitaria provocada por la COVID-19.

(30) Como se cuidó de significar la Autoridad Catalana de Protección de Datos:

«[...] pel que fa a les diferents opcions que s'ofereixen per justificar el no subministrament de la vacuna enfront la COVID-19, pot ser convenient ampliar les opcions que s'ofereixen a la proposta amb una quarta opció que es podria denominar "altres", perquè poden existir altres motius diferents dels que s'esmenten a la proposta. En qualsevol cas, s'hauria de tractar d'una opció tancada sense demanar altres justificacions addicionals, atès que, altrament, la sol·licitud de la justificació de la no-administració podria comportar un tractament de categories especials de dades (per exemple si és per raons de d'ideologia, religió o creences) que podria entrar en conflicte amb l'article 16.2 CE» (Informe 15/2020, de 30 de novembre).

(31) Conecta esta temática lateralmente con el alcance de la libertad de conciencia respecto de la vacunación obligatoria allí donde ésta rige como canon general. Sobre esta cuestión y la diferenciación entre la opinión crítica y las convicciones o creencias proyectada sobre la vacunación y el artículo 9 de la CEDH, es recomendable, por el marco actual que ofrece, la lectura de los §§ 313-338 de la STEDH *Vavříčka y otros c. República Checa*, de 8 de abril de 2021.

C. El condicionamiento de actividades mediante la exigencia del certificado de vacunación

Finalmente, hay que estar atentos también a las manifestaciones imperativas que pueden aflorar mediante el condicionamiento de actividades.

En un modelo de vacunación recomendada toca hacer fuerte, antes que nada, el acceso a la vacuna. Ocurre, con todo, que, por muy llano que sea el camino que lleve a la vacuna contra la COVID-19 (provisión como prestación pública, gratuidad, facilitación del entorno, eliminación de barreras, información personalizada...), bien puede ocurrir que su difusión requiera de incentivos o estímulos adicionales; estímulos que pueden ser de contenido muy diverso y que, asimismo, es dado articular de muchas formas, ya en positivo –dando algo que ganar o mejorando la situación para obtenerlo– ya en negativo –haciendo que se pierda o que sea más difícil la obtención de algo–. No es casual que el uso de estos incentivos tenga una larga tradición en la vacunación sistemática ordinaria a lo ancho del mundo, destacando, por encima de todos, el establecimiento de vínculos, de intensidad y modularización variable, entre la vacunación y la escolarización de los niños.

Precisamente porque la música debiera sernos conocida, convendría estar atentos a las noticias que a diario recibimos acerca de la posible exigencia de la vacunación contra la COVID-19 en muchos ámbitos: en el mercado laboral, en el ocio, en los viajes... Hay un evidente impulso en esa dirección que tiene que ver no solamente con la generalización de la vacunación, sino también con las necesidades sociales y económicas de generar un marco más flexible que facilite el tránsito y la circulación de las personas. Pues bien, si el certificado vacunal es exigido para acceder a establecimientos o ejercitar actividades relevantes en lo cotidiano, sucederá que el centro de gravedad del modelo basculará hacia los dominios de la obligatoriedad. No en vano, allí donde se condiciona la escolarización, por su vocación universal, se suele considerar que el sistema raya *de facto*, por su eficacia indirecta, en la obligación. Y, claro está, a mayor dureza, mayor fricción con las libertades y derechos individuales: con los relacionados de fondo con la actividad condicionada –el derecho a la educación, la libertad de movimiento, la libre elección de profesión u oficio, etcétera–, pero también con el trasfondo de la libertad ideológica o religiosa y, sobre todo, del principio de igualdad y la prohibición de discriminación.

Hay que insistir por ello que, puestos en el marco de una opción recomendada, la generalización de la vacunación no puede erigirse por sí misma en la razón que justifique la condición. Ésta debe explicarse a la luz de la naturaleza de la actividad condicionada y, por tanto, del interés sanitario en que se reduzca el riesgo de contagio en su desarrollo. No es un matiz. Es el *quid*: no se trata de escoger las actividades más cotidianas para condicionar la participación en ellas al hecho de estar vacunado y, de este modo, impulsar la extensión de la vacuna colocando, por así decir, *checkpoints* estratégicos. Ese enfoque resultaría falaz en el sentido de que sería incongruente con un canon general basado en la recomendación. Habría que, previamente, cambiar las tornas del sistema. Lo que sí es un enfoque coherente y aun necesario es la detección de actividades especialmente riesgosas, donde esté justificado en términos sanitarios aumentar las precauciones en cuanto al riesgo de contagio de la enfermedad, en este caso de la COVID-19.

Tomemos por caso el ejemplo que nos proporciona el legislador italiano respecto de la vacunación de los profesionales sanitarios. Se acaba de dar un paso relevante allí, aprobándose una medida que ha despertado un notable interés comparatista: se establece por ley un deber de vacunación para quienes ejerzan profesiones sanitarias, así como para el conjunto de los operadores de interés sanitario (32). Un deber cuyo cumplimiento se asegura, en vez de mediante la previsión de sanciones, a través del establecimiento de una condición. En efecto, la vacunación pasa a ser un requisito necesario en orden al ejercicio profesional y al desempeño de prestaciones y tareas de estos colectivos que exijan algún tipo de contacto personal o que supongan un riesgo de transmisión del coronavirus. Como correlato, el empleador pasa a estar autorizado para remover al empleado de su destino y encomendarle otras tareas no comprometidas, así sean de rango inferior; e incluso, si ese cambio de funciones no fuese posible, se producirá la pérdida del sueldo. Esta suspensión anudada a la negativa no justificada a la vacunación constituye un claro exponente de la vacuna-condición en un sector donde el legislador italiano ha apreciado la presencia de razones singulares de agravamiento del riesgo de contagio y, por ende, de acentuación de la necesidad de la vacunación. Y ello en el contexto general de una campaña basada, también en Italia, en la recomendación.

El ejemplo italiano nos muestra una vacuna-condición de libro, fijada por ley y de formato rígido, en el sentido de que la vacunación actúa como condición *sine qua non* del ejercicio de un derecho. No es éste, de todos modos, el único registro posible. El catálogo de la vacunación condicionante tiene un rico recorrido. Por eso mismo, conviene mucho detenerse en el análisis concreto de las especies que van entrando en escena poco a poco. Tengo en mente, señaladamente, el empleo de la vacunación a la manera de alternativa a otras medidas de prevención como sería el caso de los tests o de las cuarentenas. Como alternativa mejor y más práctica y, por eso mismo, como elemento que cabe presentar en la «facilitación» de la recuperación de la normalidad de ciertos derechos. Pensemos en las visitas en los centros de mayores y el levantamiento gradual que viene haciéndose de las duras restricciones al respecto (33).

No encaja, en última instancia, en la vacunación condicionante el «certificado digital verde» cuya regulación comunitaria está en ciernes (34). Y es que no estamos ante un pase o salvoconducto que autorice a viajar. El certificado verde digital busca tan solo facilitar el ejercicio de un derecho que ya se tiene, el de libre circulación *ex* artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, pero que se ve afectado de manera recurrente por las medidas de restricción de la movilidad

(32) Decreto-ley núm. 44/2021, de 1 de abril, de Medidas urgentes para la contención de la epidemia de COVID-19, en materia de vacunación contra el SARS-CoV-2, de justicia y de concursos públicos.

(33) De gran interés para reflexionar sobre este argumento desde un enfoque ético y, singularmente, tomando en consideración el principio de igualdad es la Recomendación del *German Ethics Council* que lleva por título *Special Rules for Vaccinated People?*, de 4 de febrero de 2021. Entre sus conclusiones encontramos la idea de que «The substantial isolation measures that are still in place in nursing homes, facilities for the elderly or disabled, and hospices should be lifted for vaccinated persons as soon as possible as the vaccination programme progresses» (p. 5).

(34) Véase la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados interoperables de vacunación, de test y de recuperación para facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19.

en las fronteras ante las sucesivas olas del coronavirus. No se pretende dar carta de naturaleza u otorgar fuerza constitutiva a este nuevo documento, permitiendo que, a su virtud, se adquiriera algo distinto a lo que ya se poseía dentro del estatus de ciudadanía europea. Por eso mismo, la eventual crítica en términos de igualdad se debilita tanto: la vacunación no va a generar un nuevo derecho, ni siquiera va a autorizar su ejercicio; solamente facilitará que allí donde la libertad de circulación aparezca supeditada por el país de turno a la tenencia de una prueba de vacunación, ésta pueda ser suplida eficaz y ágilmente por medio de este certificado en un contexto transfronterizo. El certificado verde digital se erige, en suma, en un medio de simplificación documental en los viajes en la Unión basado en la estandarización y en el reconocimiento de un marco de confianza –que, sobre guardar el reconocimiento mutuo, sirva para combatir el fraude en la certificación–.

3. LAS EXPRESIONES IMPERATIVAS PRODUCTO DE LA TUTELA JUDICIAL DE LA SALUD INDIVIDUAL DE PERSONAS VULNERABLES. EL CASO DE LOS ANCIANOS EN RESIDENCIAS SIN CAPACIDAD DE CONSENTIR Y LAS NEGATIVAS DE SUS REPRESENTANTES O FAMILIARES

Hecho el recorrido por las manifestaciones de obligatoriedad amparadas en el interés sanitario colectivo, detengámonos ahora en las que encuentran su fundamento en la tutela del interés sanitario individual. Asumo que, a primera vista, cause extrañeza esta parte del mapa. Y es que la vacunación voluntaria gira alrededor del principio cardinal del consentimiento libre e informado (art. 5 del Convenio de Oviedo), de modo que se trata de una decisión estrictamente personal. Ahora bien, es sabido igualmente que dicho principio debe modularse allí donde la persona carezca de la capacidad suficiente para expresar su consentimiento. He ahí el posible origen de discrepancias que desemboquen en decisiones imperativas.

En efecto, cuando se analiza el régimen jurídico de la vacunación infantil sale a nuestro encuentro una pieza que, aparentemente, desenaja en un marco de vacunación recomendada como es el nuestro. Sucede o se aparece esta pieza cuando los padres del menor discrepan –lo cual, por cierto, no tiene por qué tener como sustrato una crisis familiar o de pareja, ni tampoco la precariedad o marginalidad; en esto conviene huir de estereotipos– y la controversia ha de ser resuelta al cabo por un Juez. Estos procesos se vienen resolviendo a favor del padre que sostiene la conveniencia de vacunar al hijo (35). Es ésta una constante que se da en todo el mundo y que, hasta donde he podido indagar, se monta sobre un hilo argumental muy pare-

(35) El primer caso del que tengo constancia en España es el resuelto, en segunda instancia, por la Audiencia Provincial de Barcelona en su Auto 433/2018, de 17 de octubre. La discusión entre los padres tenía que ver con la administración de la vacuna del papiloma a su hija. La Audiencia Provincial de Barcelona confirmó el criterio del juez de instancia y dio la razón al padre partidario de vacunar por considerar, luego de analizar la opinión de los expertos, que era la opción que más se compadecía con el interés de la menor. Con posterioridad y en la misma línea, véanse también la SAP de Pontevedra de 22 de julio de 2019 (recurso 321/2019) y la SAP de Murcia de 4 de junio de 2019 (recurso 82/2019). Para profundizar, acúdase a Cristina GIL MEMBRADO, «El complicado equilibrio en la toma de decisiones sobre vacunación. Especial referencia al menor», *Revista de Derecho Privado*, 3, 2018, 57-65.

cido centrado en la apelación al interés superior del menor y, más concretamente, a su salud y, en íntima conexión con ello, a la posibilidad de disfrutar de un desarrollo lo más pleno posible en cuanto a crecimiento, oportunidades e integración social.

En la vacunación contra la COVID-19 se ha producido una situación asimilable en relación con las personas mayores residentes en centros y privadas de forma temporal o permanente de su capacidad de decidir o consentir a causa de una enfermedad mental o de una discapacidad intelectual. Estamos ante otro supuesto en el que el consentimiento habrá de realizarse «por representación» y, por consiguiente, puede ocurrir que el familiar o el representante rechacen la vacuna en contra del criterio de la dirección de la residencia, ya sea privada o de la Administración. De hecho, un tal episodio ya se ha producido en la práctica, dando lugar a la intervención en última instancia de la Justicia en aplicación de los artículos 216 del Código Civil y 9.6 de la Ley de autonomía del paciente (36). Contamos, así pues, con los primeros pronunciamientos judiciales que, en claro paralelismo con la línea mantenida por sus homólogos en materia de vacunación pediátrica, se posicionan a favor de la vacunación (37).

Importa mucho tener en cuenta que en esta parte del mapa el norte viene marcado por la tutela de la salud individual de la persona, sin que las ventajas colectivas del hecho de vacunarse puedan erigirse en el fundamento de imponer la vacunación en contra o sin la voluntad del representante (38). Si respecto de los menores la *ratio decidendi* es el interés superior del menor, en el caso de los ancianos la clave reside en la búsqueda de lo que más conviene a la salud de la persona mayor internada en la residencia. Por mucho que el director de dicha residencia pueda invocar la conveniencia de la vacunación de todos los residentes en términos de

(36) Intervención que se sustanciará por el cauce de la jurisdicción voluntaria ante el orden jurisdiccional civil (arts. 87-89 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria).

(37) A título meramente ejemplificativo, cabe referir los siguientes: Auto de 9 de enero de 2021, del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Santiago de Compostela (en funciones de guardia); Auto 47/2021, de 15 de enero, del Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Sevilla; Auto 55/2021, del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santiago de Compostela, de 19 de enero; Auto 60/2021, de 20 de enero, del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santiago de Compostela; Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 16 de Granada, de 4 de febrero de 2021; y Auto 64/2021, del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Lugo, de 11 de febrero.

(38) La precisión es relevante y puede dar lugar a equívocos. No en vano, el Fiscal de Sala delegado para el orden contencioso-administrativo, el Fiscal de Sala delegado para el orden civil, y el Fiscal de Sala para la protección de personas con discapacidad y mayores, al poco de echar a rodar la campaña, se vieron en la necesidad de efectuar una *Comunicación*, de 24 de febrero de 2021, con el fin de significar la improcedencia de encauzar este tipo de situaciones y conflictos en centros residenciales de mayores por la vía del artículo 8.6 de la LJCA. Como bien se explica en esa *Comunicación*, no cabe apelar a la protección de la salud pública para justificar la vacunación forzosa respecto de un colectivo, el de las personas residentes, siendo que el legislador ha optado por la recomendación, sin reservas al respecto. Así, entre las conclusiones alcanzadas –que comparto–, se señala que:

«En tanto la ley no establezca la obligación de vacunarse, no cabe invocar razones genéricas de salud pública o específicamente basadas en la especial vulnerabilidad de determinados grupos de personas, globalmente considerados, o de quienes se integran en ellos, para justificar la administración forzosa de la vacuna contra la COVID-19, puesto que tales razones y circunstancias no han sido acogidas por el Legislador, en el marco del artículo 43.2 de la Constitución, para establecer excepciones de esta índole al carácter no obligatorio de la vacunación y, por tanto, a la libertad de decisión individual para prestar o negar el consentimiento a tal fin.»

salud colectiva o incluso apelando a las mayores facilidades en el desenvolvimiento de las actividades del centro, es decir, al hecho de que la ratio de vacunación puede incidir en el giro cotidiano del centro y de todo lo que ocurre en derredor, los Juzgados que hasta el momento se han pronunciado han acertado a ajustar los términos en la estricta dimensión particular, buscando la mejor opción en beneficio de la salud del interesado (39). Se trata, en definitiva, de medidas *ad personam*, a título únicamente personal. De donde va a ser fundamental en el proceso el examen singular de la situación médica del usuario del centro y de su capacidad para discernir el rechazo de la vacunación (40). Asimismo, en esta misma línea de atender a lo que más conviene a la persona mayor, es destacable que se tome en consideración otras posibles ventajas de la vacunación, aparte de las sanitarias, en clara resonancia del argumento del desarrollo pleno y pensando en el contacto con los familiares y allegados que también aparece modulado en función del estado de vacunación muchas veces.

Precisamente por ser pronunciamientos a título personal, conviene ser prudentes a la hora de extraer conclusiones generales y evitar la categorización. Esto supuesto, cabe advertir en estos pronunciamientos cómo el balance entre las ventajas y desventajas de la vacunación contra la COVID-19 en términos individuales se decanta de una manera muy clara –más de la que la propia autorización de comercialización ya de por sí concede– del lado de su conveniencia como herramienta de prevención. Es mucho mayor el riesgo de contraer y padecer la COVID-19 que el de padecer efectos secundarios graves a causa de la vacuna (41).

(39) Sirva para ilustrarlo este fragmento extraído del Auto de 9 de enero de 2021, del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Santiago de Compostela:

«Ya avanzamos que, entre las diversas variedades de supuestos que las normas de aplicación contemplan y en los que pudiera ordenarse la vacunación, entendemos que concierne al presente caso, exclusivamente, el atinente al peligro que pudiera suponer la no suministración de la vacuna a la presunta incapaz. No han de ser, en ningún caso, razones de sanidad pública ni de riesgo para terceros lo que justificase una decisión en contrario de la adoptada por su hija de modo que ésta ha de contravenirse, únicamente, si se considerase que la recepción de la vacuna es aquello que responde a la procura del mayor beneficio para la salud de la afectada. Una diversa intelección supondría obviar que la estrategia de vacunación relativa a la enfermedad epidémica que nos preocupa se ha establecido como voluntaria sin que exista cobertura legal a la imposición de la vacunación. Siendo esto así para la ciudadanía en general, constituiría, ciertamente, un desafuero cuando no una impúdica contravención de lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución, imponerla a un supuesto incapaz sobre la base de la conveniencia de terceros.»

En la misma líneas, leemos en el Auto 60/2021, de 20 de enero, del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santiago de Compostela, que «La única perspectiva a ponderar en el caso es la individual del paciente es decir la identificación de la mayor protección y del mejor beneficio de la salud del residente, debiendo quedar al margen cualesquier otra consideración de Salud Pública, dada la naturaleza voluntaria de la citada vacuna, debiendo quedar asimismo al margen otros intereses así como cualquier consideración accesoria como el eventual beneficio para los restantes residentes y para los trabajadores del centro residencial».

(40) De donde la trascendencia del rol que está llamado a desempeñar el Médico Forense. Por cierto, que, puestos a destacar roles, toca significar igualmente la importancia de la participación en este tipo de procesos del Ministerio Fiscal a partir de su función de protección y defensa de los derechos de las personas mayores. De hecho, su posicionamiento favorable a la vacunación como punto de partida explica también el impulso de esta vía.

(41) Con tersura se expresa en este punto el Auto 60/2021, de 20 de enero, del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Santiago de Compostela: «El riesgo de reacciones adversas a la vacunación

V. FINAL

Se han expuesto aquí las claves de los dos principales debates que, en términos jurídicos, vienen rodeando a la vacunación contra la COVID-19. No son, por supuesto, los únicos debates puesto que hay otros temas quizás menos apremiantes, pero no por ello sin miga o relevancia como el régimen de responsabilidad patrimonial aplicable en los casos de accidente (42). Es evidente, también, que los mencionados encierran en su interior a su vez otras cuestiones, algunas con la suficiente enjundia y complejidad de cara a justificar un tratamiento aparte. Qué decir si no del acceso a la vacunación visto desde la óptica de las patentes y la discusión en torno a la oportunidad y procedencia de activar licencias obligatorias. O, cambiando al otro tercio, del abordaje particular de la obligatoriedad de la vacunación para con los profesionales sanitarios.

Quisiera, no obstante, aprovechar estas líneas finales para llamar la atención sobre una circunstancia, a mi juicio, esencial. Los debates acerca del acceso y, más aún, en torno a la obligatoriedad de la vacunación no son, en rigor, nuevos. Este último, de hecho, es bicentenario. Ciertamente, la pandemia del coronavirus imprime su sello particular a todo lo que está ocurriendo, también a la vacunación. Sin embargo, ampliar la perspectiva es muy conveniente. Al contemplar la vacunación bajo la lupa del Derecho puede apreciarse que, a pesar de ser el género de las vacunas muy rico y diverso en especies, su tratamiento jurídico adopta sin estridencias un enfoque aglutinador, donde impera el género. Probablemente tenga mucho que ver en ello la figura del calendario de vacunación, que no deja de representar una agrupación de las vacunas esenciales que el poder público se compromete a erogar a fin de dar cumplimiento a su misión de proteger la salud pública y a sus obligaciones positivas para con las condiciones básicas de un desarrollo equitativo y pleno de los ciudadanos. La propensión a razonar jurídicamente y a elaborar discursos y respuestas pensando en la vacunación en bloque, como conjunto, es una constante. Presenta, ni qué decir tiene, aspectos bien positivos, pero arrastra al mismo tiempo ciertos riesgos en el sentido de que también las debilidades se comu-

debe estimarse en el momento actual muy inferior al riesgo derivado de la no vacunación, a la consiguiente frustración de una inmediata y prioritaria protección de la salud de la paciente y al consecutivo peligro y riesgo que debe calificarse como muy grave y efectivo de desarrollar enfermedad de contraer el virus del COVID-19, precisamente por razón de su edad avanzada, sus patologías y, en particular, por razón de su ingreso residencial dado que la dramática experiencia acreditada desde marzo de 2020 evidencia los inasumibles índices de contagio y mortalidad en el ámbito residencial de nuestros mayores».

(42) Si la vacunación contra la COVID-19 es servicio público, va de suyo que queda activada de inmediato la responsabilidad patrimonial de la Administración por su funcionamiento. El corolario es de Perogrullo. Otra cosa es el estándar aplicable. En ausencia de una previsión legal que reconozca la singularidad de la vacunación como manifestación de solidaridad colectiva merecedora de una respuesta consecuente en régimen de responsabilidad sin falta o por funcionamiento normal, cabe que la Administración, de producirse algún episodio de accidente grave, intente desentenderse invocando las eximentes de la voluntariedad y de los riesgos del progreso. Por fortuna, el precedente de la STS, de 9 de octubre de 2012 (recurso 6878/2010), marca acertadamente el rumbo a seguir ante eventuales reacciones adversas inesperadas y remotas, aplicando el estándar de funcionamiento normal. De todos modos, creo que un compromiso sellado en la norma sería lo más idóneo y podría jugar, a mi modo de ver, como un estímulo más en términos de acceso y confianza.

nican entre las especies y no es infrecuente que una controversia, aun siendo particular o muy específica de una vacuna, comprometa al género entero.

Pues bien, interiorizar esta idea permite comprender mejor que el cariz de la vacunación contra la COVID-19 va a tener repercusiones en la vacunación en su conjunto. Vivimos ahora inmersos en un ambiente de vacunación; visualizamos cada día la potencia de esta herramienta de salud pública, su capacidad transformadora de las oportunidades para una sociedad. Propiedades que, respecto de la vacunación rutinaria, venían pasando desapercibidas. ¿Quién recordaba los estragos de la poliomielitis? Ahora, el destrozado del coronavirus sigue ahí y seguirá grabado su recuerdo profundamente en nuestro ánimo por un tiempo. Asistimos a un momento crucial para el destino de la política de vacunación que ya antes del coronavirus venía librando, sin tanto estrépito, decisivas batallas en no pocos frentes. Ahí están, por poner claros ejemplos, los esfuerzos por dar esos últimos pasos que nos lleven a la erradicación de la poliomielitis, que supondría un segundo hito –después de la viruela– en el haber de la vacunación; o el inquietante retroceso respecto del sarampión, cuyas tasas de cobertura en Europa y en otras regiones del planeta se han situado por debajo del listón que estaba encauzando su eliminación en muchos países. Por eso mismo, la vacunación contra la COVID-19 constituye una excelente oportunidad para coger el tema con las dos manos y acometer esa lista de cuestiones pendientes. En el caso de España, para aprobar, si no una ley de vacunación, sí, al menos, una regulación ordenada de sus bases, enderezando la deriva en la que está instalado su régimen jurídico desde hace tiempo y que va a parar a una especie de cóctel de evanescencia –a menudo, confundida con flexibilidad– y de lenidad en el manejo de las fuentes. Sé que pesa el sentir que empuja a la quietud ante lo que funciona bien en la práctica. Sin embargo, no se trata de remover sin motivo la esencia del modelo, sino de preservarlo, arrojándolo con la mejor seguridad jurídica ante los eventuales embates venideros (43).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALENZA GARCÍA, J. F., «La vacunación obligatoria de los ciudadanos y el deber de vacunar de la Administración», *Nuevas Perspectivas Jurídico-Éticas en Derecho Sanitario*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 29-50.
- ATTWELL, K., y SMITH, D. T., «Hearts, minds, nudges and shoves: (How) can we mobilise communities for vaccination in a marketized society?», *Vaccine*, 36, 2018, pp. 6506-6508.
- BELTRÁN AGUIRRE, J. L., «Vacunas obligatorias y recomendadas: régimen legal y derechos afectados», *Derecho y Salud*, 22, 2012, pp. 9-30.

(43) Por eso mismo, es éste un alegato a favor de una regulación sustantiva que entronca con una posición que he tratado de exponer con más detalle en otro lugar. El meollo no radica en un tipo de ley, sino en la existencia de una estructura normativa que dé razón de las bases de la vacunación. Sin perjuicio de que, por su propia naturaleza y la especial dosis de tecnicismo y dinamismo de este campo, haya que reconocer de inmediato mucha importancia a la manera de conjugar las distintas fuentes normativas, ya sea en clave territorial y/o jerárquica, así como a los enlaces entre los planos normativo y ejecutivo. Sobre el sentido y la dificultad de esta articulación existen, por lo demás, importantes episodios en el derecho comparado de los que podemos extraer valiosas enseñanzas.

- CIERCO SEIRA, C., «La vacunación obligatoria y su eventual proyección sobre la COVID-19», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 93, 2021, en prensa.
- *Administración pública y salud colectiva: el marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Comares, Granada, 2006.
- *Vacunación, libertades individuales y Derecho público*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- COBREROS MENDAZONA, E., *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud: estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1988.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., «Rechazo a las políticas públicas de vacunación. Análisis constitucional del conflicto desde los sistemas español y norteamericano», *Derecho Privado y Constitución*, 26, 2012, pp. 203-237.
- DOUGLAS, T.; FORSBERG, L., y PUGH, J., «Compulsory medical intervention versus external constraint in pandemic control», *Journal of Medical Ethics*, 2020, pp. 1-6.
- GIL MEMBRADO, C., «El complicado equilibrio en la toma de decisiones sobre vacunación. Especial referencia al menor», *Revista de Derecho Privado*, 3, 2018, pp. 57-65.
- GOSTIN, L. O., *et al.*, «Mandating COVID-19 Vaccines», *The Journal of the American Medical Association*, 2021, 325 (6), pp. 532-533.
- GRAVAGNA, K., *et al.*, «Global assessment of national mandatory vaccination policies and consequences of non-compliance», *Vaccine*, 38, 2020, pp. 7865-7873.
- MACDONALD, N. E., *et al.*, «Mandatory infant & childhood immunization: Rationales, issues and knowledge gaps», *Vaccine*, 37, 2018, pp. 5811-5818.
- MELLO, M. M., *et al.*, «Ensuring Uptake of Vaccines against SARS-CoV-2», *The New England Journal of Medicine*, 383, 2020: pp. 1296-1299.
- PAUL, K. T., y LOER, K., «Contemporary vaccination policy in the European Union: tensions and dilemmas», *Journal of Public Health Policy*, 40, 2019, pp. 166-179.
- PONCE SOLÉ, J., «Derecho Administrativo, Ciencias Conductuales y Nudging en la gestión pública», *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 15, 2108, pp. 8-27.
- RAMIRO AVILÉS, M. Á., *Sobre la Estrategia de Vacunación*, 4 de enero de 2021: <https://agendapublica.es/sobre-la-estrategia-de-vacunacion>.
- SAVULESCU, J., «Good reasons to vaccinate: mandatory or payment for risk?», *Journal of Medical Ethics*, 2021, 47, pp. 78-85.
- SUNSTEIN, C. R., *Behavioural Science and Public Policy*, Cambridge University Press, 2020.
- TOLOSA TRIBIÑO, C., «Problemas legales de la vacunación en España», *Diario La Ley*, 22 de enero de 2021.
- VAQUÉ RAFART, J., «Inmunidad colectiva o de grupo», *Vacunas*, 2, 2001, pp. 22-29.

**CUARTA PARTE:
SISTEMA FINANCIERO DE LA PANDEMIA
Y LA RECONSTRUCCIÓN ECONÓMICA**

INGRESOS PÚBLICOS Y TRIBUTOS DURANTE LA PANDEMIA

Juan ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN*

Resumen

La pandemia provocada por la COVID-19 ha impulsado el proceso que se estaba viviendo en relación a la actividad financiera del Estado como actividad de ordenación de los ingresos y de los gastos. La estructura constitucional y legal de la actividad financiera del Estado dirigida a obtener ingresos para destinarlos al gasto, contaba con unos contornos tan clásicos como precisos. Sin embargo, entre el agotamiento del sistema tributario y –ahora– las nuevas e importantes fuentes de financiación procedentes de la Unión Europea (Next Generation EU) que alumbran nuevas fuentes de ingresos pero para atender de forma condicionada políticas de gasto concretas, obliga a reflexionar, no solo sobre la alteración de la actual configuración de la actividad financiera del Estado, sino también sobre cómo y quién determina el cuadro de recursos, su cuantía y las políticas de gasto que deben atenderse con tales ingresos.

Palabras clave

Actividad financiera, ingresos y gastos del Estado, sistema tributario, financiación de gastos por la UE, Next Generation EU.

Abstract

The pandemic caused by the COVID-19 has boosted public finance, both from the point of view of spending and revenue. Before this new world crisis, the constitutional and legal structure of public finance had a classic and accurate profile. Exhaustion of revenue based on taxes and the emergence of new funding sources from the European Union –linked to the funding of certain expenditures– deserve the reflection on how and who should determine the revenue sources, its amount, and spending policy.

* Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Autónoma de Madrid (juan.arrieta@uam.es).

Keywords

Public finance, public expenditure, revenue, tax system, funding from the EU, Next Generation EU.

SUMARIO: I. La constitución financiera y la actividad financiera del Estado. II. La primacía de los tributos frente a otras fuentes de financiación. 1. La financiación del gasto público a través de fondos y créditos de la Unión Europea. 2. La actividad financiera y los fondos y créditos de la Unión Europea: su posición en el cuadro de recursos. Bibliografía.

I. LA CONSTITUCIÓN FINANCIERA Y LA ACTIVIDAD FINANCIERA DEL ESTADO

LA actividad financiera del Estado, en tanto actividad dirigida a obtener ingresos (públicos) con los que financiar los gastos (públicos), ha constituido la esencia del Derecho financiero. Esta rama del ordenamiento jurídico ha hundido sus raíces en la fundamentación de un orden jurídico y constitucional que permita establecer un sistema de ingresos públicos (sobre todo a través de un sistema de ingresos tributarios) con los que satisfacer las necesidades públicas. No en vano, el artículo 31 de la Constitución española (CE) exige esa contribución al sostenimiento de los gastos públicos a través de un sistema de ingresos públicos («mediante un sistema tributario justo»).

Tradicionalmente, esta congénita conexión entre ingresos y gastos permitió definir a la actividad financiera (y, por ende, al Derecho financiero) como una actividad esencialmente instrumental. La actividad financiera, unitariamente considerada, es una actividad instrumental «externa» que hace relación a los servicios públicos, fines estatales y necesidades colectivas de una comunidad política. La actividad financiera, considerada en su enfoque «interno», es una actividad basada en dos factores, el ingreso y el gasto, unidos igualmente entre sí por un nexo teleológico, lo cual implica una estructura interna de carácter instrumental en dicha actividad. Por ello se decía que el Derecho financiero es «la regulación jurídica de la actividad de financiación de los gastos públicos a través de ingresos de la misma naturaleza» (1).

(1) RAMALLO MASSANET, J., «Derecho fiscal frente a Derecho civil: discusión en torno a la naturaleza del Derecho financiero entre L. Trotañas y F. Geny», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, vol. XVII, núm. 46, Madrid, 1973, pp. 7 ss. También en *Memoria sobre el concepto, método y fuentes presentada a la oposición a las Agregaciones de Derecho Financiero y Tributario de las Universidades de Valladolid, Valencia y Granada en septiembre de 1976*, Madrid, 1976, p. 251.

Sin perjuicio de que ese carácter medial o instrumental se ha ido paulatinamente relativizando, ya que se entiende que la actividad financiera no es exclusivamente instrumental al cohabitar con otras finalidades esenciales como la de redistribución, equilibrio, desarrollo, etc. desde las que puede considerarse una actividad final (2), sin perjuicio –decíamos– de esta doctrina revisionista, lo cierto es que persiste una conexión instrumental, no ya en el plano lógico, sino también en un plano jurídico, entre los ingresos y los gastos públicos; conexión que se refleja en la unión entre los tributos y el deber general, sancionado por la Constitución, de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos según la capacidad contributiva. Y esta conexión, que se expresa en la institución del Presupuesto, demuestra la unidad del fenómeno financiero y la imposibilidad de escindir su contenido intentando –como a veces se pretende– limitar la realidad jurídica financiera solamente a los ingresos públicos o, incluso, a los impuestos (3).

En esta tradición, nuestro sistema de «ingresos públicos» se ha sustentado fundamentalmente a través de los ingresos tributarios (a través del sistema tributario), y particularmente dentro del conjunto de tributos (impuestos, tasas y contribuciones especiales), del primero de ellos, de los impuestos. Por ejemplo, en el presente ejercicio 2021, el 86.89 % de los ingresos totales se prevé que provengan de ingresos tributarios y el 13,11 % de ingresos no tributarios (4). Por lo que se refiere al «gasto público», éste se ha albergado en la institución del presupuesto en tanto documento en el que se establecen legalmente las prioridades y asignaciones de gasto. La difundida creencia de que el gasto público responde en sus últimas motivaciones a decisiones de orden puramente político, esto es, que la asignación del gasto público a los distintos fines del Estado obedece en último término a criterios puramente políticos, ha impedido un desarrollo adecuado sobre la existencia de unos criterios materiales de justicia que presidan su realización.

Pero lo relevante y destacable a efectos de nuestro estudio es que esa tradición en la ordenación de los «ingresos» y «gastos» ha sufrido una importante evolución en los últimos años desdibujando –incluso transformando– ambas estructuras o vertientes de la actividad financiera –la de los ingresos y la de los gastos– que contaban con unos contornos tan clásicos como precisos. Una progresiva evolución que se ha visto fuertemente impulsada con ocasión de la pandemia provocada por la COVID-19 y declarada como tal por la Organización Mundial de la Salud el 11 de marzo de 2020. El impacto inmediato de la pandemia en la sociedad y en la economía, afectando, tanto y en primer lugar a la salud y bienestar de los ciudadanos, como a la actividad productiva y comercial de los estados, ha determinado que la prioridad de los estados –salvada, por supuesto, la sanitaria– consista en minimizar el impacto social y económico, así como lograr los «recursos financieros»

(2) En este sentido, Álvaro Rodríguez Bereijo advertía que «la profunda transformación en la evolución del Estado (...) ha determinado consiguientemente una ampliación de la definición de la actividad financiera, desde el punto de vista de su nota característica de instrumentalidad, como actividad de redistribución de bienes» (RODRÍGUEZ BEREIJO, A., *Introducción al estudio del Derecho Financiero*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1976, p. 48).

(3) Cfr., RODRÍGUEZ BEREIJO, A., *Introducción al estudio del Derecho Financiero*, ob. cit., p. 72.

(4) Datos extraídos de la Presentación de los Presupuestos Generales del Estado para 2021 y aprobados por la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021. Cfr., <https://www.funcas.es/articulos/los-presupuestos-del-estado-de-2021-una-valoracion/>

necesarios para atender los «gastos» o «necesidades sociales» y para que la actividad económica se recupere tan pronto como la situación sanitaria mejore. En definitiva, nuevos –extraordinarios y urgentes– ingresos o nuevas fuentes de financiación de recursos, para atender nuevos gastos o nuevas necesidades públicas; algunos de los nuevos recursos responderán a dicha finalidad o carácter instrumental (por ejemplo, los ingresos que sirvan para atender gasto sanitario, subsidios por desempleo, etc.) y otros tendrán claramente un carácter final (subvenciones y ayudas para la reactivación de la economía).

En este contexto, en España ha existido una elevada producción normativa, un desmedido número de normas y medidas de carácter financiero (relativas a los ingresos y los gastos) cuyo objetivo principal ha estado marcado por la necesidad de paliar las consecuencias financieras, económicas y sociales provocadas por dicha crisis. Tales normas adoptan medidas de muy diversa índole; aplazamientos del pago de impuestos o de deudas tributarias, aplazamientos para presentar declaraciones y autoliquidaciones, suspensiones en la tramitación de procedimientos tributarios y cese del cómputo de los plazos de caducidad y prescripción, introducción de nuevos supuesto de exención en gravámenes, especialidades en el ámbito aduanero, aprobación de suplementos de créditos y créditos extraordinarios, modificaciones sobre la regla del gasto y del superávit, etc. (5).

Pero junto a esta llamada «legislación de urgencia», existen otras que son las que interesan en este trabajo, y que están impulsando la mencionada transformación del esquema tradicional de la actividad financiera al «alterar» o «reordenar» las fuentes clásicas de ingresos públicos (a través del sistema tributario) y del gasto público (entendido éste como una decisión «política» sobre las necesidades públicas plasmada en el presupuesto). Algunas concepciones clásicas de la actividad financiera o instituciones que respondían al esquema de la conexión entre los ingresos y gastos, se han visto cuestionadas en el contexto excepcional de la pandemia. Piénsese, si no, en las nuevas fuentes de financiación de la Unión Europea (UE) las cuales contemplan un conjunto de medidas para prestar apoyo financiero a los Estados miembros –especialmente a España– como consecuencia de la pandemia, y la condicionalidad de tales ingresos a determinadas políticas de gasto. Acaso esta medida, desde la vertiente de los «ingresos» y los «gastos» ¿no altera nuestro cuadro de recursos financieros? ¿no supone una fuente de financiación ajena a la tradicional y paralela a la del presupuesto alejando a esta institución de su función de control de la política económica y de control de las políticas públicas?

E igualmente esta nueva realidad nos obliga a reflexionar con mayor profundidad sobre si el sistema tributario (los tributos y, más en particular, los impuestos), debe constituir la principal fuente de financiación del Estado; lo cual nos lleva a una pregunta más compleja, la de averiguar si la CE prioriza al tributo frente al resto de recursos posibles (los previstos constitucionalmente como podría ser el

(5) De ello me ocupé en «Medidas adoptadas por los entes territoriales menores en España ante la crisis financiera provocada por la pandemia», en el Libro Colectivo dirigido por Marciano Seabra de Godoi, Carlos Palao Taboada, Germán Orón Moratal, João Ricardo Catarino, José Casalta Nabais, y Juan Arrieta Martínez de Pisón, *Finanças Públicas, Direito Financeiro e Direito Tributário em Tempos de Pandemia. Diálogos Ibero-Americanos*, Editora D'Plácido, Belo Horizonte, 2020, pp. 329 a 357. En un contexto más amplio, *vid.*, GARCÍA NOVOA, C., *La tributación en el contexto de la pandemia del COVID-19*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

«crédito público» y los «nuevos» como podrían ser los provenientes de las ayudas de la UE) para financiar el gasto público. O incluso la nueva realidad impulsada por la pandemia, obliga a replantearnos si nuestro cuadro de ingresos es suficiente, eficiente y justo en los términos del artículo 31.1 de la CE para atender el conjunto de necesidades y gastos públicos, máxime en situaciones como las generadas por la pandemia en las que los ingresos se ven claramente reducidos con ocasión de la ralentización de la economía y, paralelamente, los gastos se incrementan debido a las mayores necesidades sanitarias, de protección social y de fomento de la economía.

De las muchas cuestiones que sugiere la mencionada «alteración» o «reordenación» del esquema tradicional de ingresos y gastos, me limitaré a exponer mis reflexiones –dada la limitación de espacio–, sobre dos cuestiones íntimamente unidas, la primacía de los tributos frente a otras fuentes de financiación como pueden ser las citadas ayudas o créditos –o la propia deuda pública–, y la irrupción de tales ayudas y fondos europeos como mecanismo «concurrente» de financiación de las políticas públicas.

II. LA PRIMACÍA DE LOS TRIBUTOS FRENTE A OTRAS FUENTES DE FINANCIACIÓN

Debemos, en primer lugar, preguntarnos si la CE prioriza al tributo frente al resto de recursos, previstos o no constitucionalmente, para financiar el gasto público. Y es oportuno preguntarlo porque cada vez resulta más verosímil concebir un sistema de financiación en el que vayan ganando fuerza otros recursos públicos en detrimento de los ingresos tributarios. Desde luego, las medidas adoptadas por la UE para prestar apoyo financiero a Estados como el español como consecuencia de la pandemia, es un buen ejemplo de ello, hasta el punto de que esas ayudas que están claramente dirigidas a atender necesidades y finalidades públicas (gasto sanitario, ayudas al desempleo, gasto en educación con el fomento de las tecnologías, protección del medio ambiente...), cohabitan con el gasto público general contenido en la LPGE. Esos «ingresos» (de la UE) y «gastos» (orientados y condicionados por la UE), al tener una naturaleza claramente extrapresupuestaria o al margen de la LPGE, alteran de forma evidente el modelo tradicional de la actividad financiera del Estado, tanto respecto de la selección de los recursos o del sistema de «ingresos» por el que se opta, como respecto de la opción del «gastos» o de las políticas de gasto.

Al aprobar, ejecutar y controlar tales fondos al margen, como decimos, de la LPGE, surge una suerte de financiación paralela a la típicamente presupuestaria. De manera que existe un nuevo recurso o «ingreso» del Estado no presupuestado, y existe –paralelamente– un gasto o compromiso de gasto igualmente extrapresupuestario. Y es aquí donde surge el peligro, no tanto de una financiación del Estado en la que pierdan relevancia los ingresos tributarios en favor de otras fuentes de financiación, cuanto de una actividad financiera del Estado «paralela» en la que, entre otras consideraciones, adquiera un singular protagonismo los ingresos no tributarios que provienen bajo la denominación genérica de «ayudas, créditos, subvenciones, mecanismos de estabilidad o reconstrucción, fon-

dos», etc. Por ello –decíamos– debemos preguntarnos sobre cuál es el sistema principal de financiación del gasto diseñado en nuestra CE. Y debemos preguntárnoslo porque, si nuestro texto constitucional establece un deber de «contribuir» al sostenimiento de los gastos públicos, entonces, el modelo o sistema para «contribuir» u obtener recursos con los que atender esos gastos, debe ser un modelo que fundamentalmente descansa en «un sistema tributario» (artículo 31.1). ¿O es que cabrían otros modelos basados en el «crédito público» (artículo 135.1) o de «créditos» condicionados de la UE, o un sistema con otras modelos de financiación (por ejemplo, la de los artículos 128.2 y 132)?

El análisis sobre la prelación de cualquier recurso financiero debe arrancar inevitablemente del artículo 31.1 de la CE, debido a que es en este precepto en el que implícitamente se determina la posición que ocupa el tributo dentro del cuadro de los recursos de la Hacienda Pública, y lo hace priorizando a los ingresos tributarios frente al resto de recursos para la financiación del gasto público (6). Lo cual no significa que el tributo deba prevalecer en todo caso, sino que el sistema de recursos debe basarse en un empleo equilibrado de los distintos tipos de ingresos aunque, eso sí, el gasto se atiende fundamentalmente a través o «mediante el sistema tributario».

Un carácter el del tributo, por tanto, preferente, y una posición, en cambio, la del resto de recursos, accesoria o complementaria –no accidental–. Ahí debemos situar a la deuda pública y los ya exiguos y escasos ingresos patrimoniales.

En todo caso, en relación a los ingresos procedentes de la deuda pública, hay que recordar que desde que se reformó el artículo 135 de la CE el 27 de septiembre de 2011 estableciendo el principio de estabilidad presupuestaria (7) y prohibiendo al Estado y a las Comunidades Autónomas incurrir en un «déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea», esta fuente de financiación pasó a tener un claro carácter subsidiario respecto de los ingresos tributarios por las importantes limitaciones impuestas a la emisión de los títulos de crédito público (8).

Pero este carácter subsidiario se puede sortear peligrosamente desde el momento en que las ayudas percibidas o créditos contraídos por España no se consideren como tales créditos –como tal deuda pública– y, por tanto, no se compute a efectos de medir «los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea» para considerar que el Estado ha incurrido en un «déficit público estructural o excesivo».

(6) El citado artículo 31.1 de la CE dispone que «Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio».

(7) Este precepto y principio constitucional se ha desarrollado por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

(8) Aunque antes de la reforma constitucional del 2011, ya la doctrina mayoritaria consideraba la deuda pública como un recurso subsidiario frente al tributario en el sistema de ingresos. Sobre ello, y respecto de las Comunidades Autónomas, *vid.*, TEJERIZO LOPEZ, J. M., «La Deuda pública de las Comunidades Autónomas», *REDF*, núm. 23, 1979, pp. 455 ss., y FERREIRO LAPATZA, J. J., «Ordenamiento jurídico de la Deuda pública de las Comunidades Autónomas», *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 23, 1985, pp. 25 ss. En el ámbito local, TEJERIZO LOPEZ, J. M., «Operaciones de crédito», en AAVV, *Manual de Derecho Tributario Local*, Escola de d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 1987, pp. 107 ss.; y CARRERA RAYA, F. J., «Comentario sobre las operaciones de crédito en la Ley Reguladora de las Haciendas Locales», *Revista de Hacienda Autonómica y Local*, núms. 55-56, 1989, pp. 153 ss.

En efecto, como es sabido, el Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), establece en su artículo 126.1 que «Los Estados miembros “evitarán” déficits públicos excesivos». Para el supuesto de que un Estado no pueda «evitar» ese déficit excesivo, el Protocolo número 12, junto con el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC) (9) que desarrolló este largo precepto, concretó el déficit excesivo como aquel que supere el 3 % del PIB o el que tenga deuda pública que supere el 60 % del PIB (10). En tales casos, el incumplimiento de las reglas de estabilidad pueden llevar hasta la imposición de sanciones a los estados incumplidores (11).

Y precisamente ha sido la pandemia de la COVID-19 la que motivó que la Comisión Europea activara en marzo de 2020, tras la solicitud de la Comisión, la aplicación de la cláusula contenida en el PEC (en la *six pack*) de salvaguardia y que permite a los estados miembros adoptar medidas presupuestarias para hacer frente adecuadamente a crisis económicas graves. Esta previsión se contiene en nuestro artículo 135.4 de la CE al permitir que los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública superen los umbrales concretos del «déficit excesivo», cuando se produzcan «catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados». Esta mayoría fue la que se consiguió el 20 de octubre de 2020, cuando el Gobierno español solicitó al Congreso la suspensión temporal de las reglas fiscales para el 2020 y 2021, ante la emergencia extraordinaria provocada por la pandemia de la COVID-19 (12).

En este contexto de suspensión de las reglas sobre «déficit excesivo», ha surgido un importante paquete o «instrumentos» de ayudas de la UE para financiar políticas concretas de gasto público provocadas por la crisis derivada de la COVID-19. Unas ayudas o créditos que, en la medida en que sean amortizables o reembolsables a la UE, deberían considerarse sometidos a la disciplina de la deuda pública de la CE y de la LGP, y entre esa disciplina se encuentra, por supuesto, la de computar la ayuda –o crédito o deuda– como gasto a los efectos de determinar si se han superado los umbrales del «déficit excesivo», por mucho que éste se haya suspendido temporalmente. En definitiva, el régimen jurídico de estas ayudas, fondos o mecanismos de la UE, será lo que determine su naturaleza y su consideración en nuestro

(9) Plan que condensa, tanto la conocida como *six-pack* o «paquete de seis» (referido a la Directiva 2011/85/UE del Consejo, de 8 de noviembre de 2011, sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros, y llamada así por ser una Directiva que recoge una de las seis medidas legislativas que entraron en vigor el 13 de diciembre de 2011 y que reforzaron la gobernanza presupuestaria y económica de la UE), como el posterior *two-pack* (que amplió en dos medidas la supervisión presupuestaria en la zona del euro, a través del Reglamento UE Número 473/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013).

(10) Sobre ello, por todos, MARCO PEÑAS, E., «¿Una nueva reforma de la disciplina presupuestaria Europea?», *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 88, 2017, pp. 85-105; y, «Reforma de la gobernanza económica y la disciplina presupuestaria de la Unión Europea el *Six Pack*», *Revista Española de Control Externo*, vol. 14, núm. 41, 2012, pp. 31-80.

(11) Sobre ello, *vid.*, GARCÍA ROCA, J., y MARTÍNEZ LAGO, M. A., *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2013, pp. 50 ss.

(12) MARTÍNEZ SÁNCHEZ, C., «Gasto público local», en Velasco Caballero, F. (Director), *Tratado de Derecho Local*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 390, 391-393.

sistema de financiación. Estudiemos, en primer lugar, esos nuevos recursos de la UE creados para financiar políticas de gasto concretas, para poder concluir con algunas reflexiones, tanto sobre su posición en el cuadro de recursos públicos, como sobre su engarce y relación con nuestro sistema financiero de ingresos y gastos.

1. LA FINANCIACIÓN DEL GASTO PÚBLICO A TRAVÉS DE FONDOS Y CRÉDITOS DE LA UNIÓN EUROPEA

La UE ha contado desde sus inicios fundacionales con instrumentos de asistencia financiera y ayuda económica a los Estados miembros que se encontraban en dificultades económicas. Por supuesto, esta «asistencia financiera» ha ido evolucionando y desarrollándose a medida que el proceso de integración se ha ido fortaleciendo. De los iniciales créditos otorgados a los socios que presentaban dificultades en sus balanzas de pagos de los años 70, pasando por los siguientes fondos estructurales, y los posteriores instrumentos específicos de ayudas que canalizaban programas de inversión, hasta el último mecanismo de ayudas activado con ocasión de la pandemia provocada por la COVID-19, ha transcurrido más de medio siglo cuya historia es reveladora de la costosa construcción de la propia UE (13).

Pero debemos situarnos en el final de esta evolución, en el nuevo Instrumento Europeo de Recuperación conocido como fondo *Next Generation EU* (NG EU) (14). El fondo NG EU constituye un instrumento o «mecanismo» de reconstrucción o recuperación dotado con 750.000 millones de euros destinado a subvenciones y préstamos financiado mediante el endeudamiento de la UE. La importancia del fondo NG EU reside, además de por su significativa cuantía, por la naturaleza de su dotación, ya que éste proviene de endeudamiento de la propia UE así como del Presupuesto de la UE, el cual se ha debido de incrementar sustancialmente para poder dotarlo. Frente a crisis anteriores -significativamente, la crisis financiera del 2008-, el NG EU se ha calificado como un «triunfo de las ideas que giran en torno a la creación de instrumentos de deuda común a nivel de la UE y en un momento en el que aún no existe un Tesoro de la UE», toda vez que, si bien son instrumentos de asistencia financiera limitados en el tiempo, suponen no solo préstamos, sino también «transferencias directas sin reembolso en favor de los Estados miembros financiadas con empréstitos comunes a contraer por la Comisión europea (coronabonos)» (15).

(13) Sobre ello, *vid.*, CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., «Del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) al nuevo Mecanismo de Reconstrucción y Resiliencia (MRR). ¿Ha sido necesaria una pandemia para reforzar la solidaridad financiera en la Unión Europea?», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 75, julio-septiembre, 2020, pp. 9-54.

(14) La propuesta inicial se contenía en la Comunicación de la Comisión «Europe's moment: repair and prepare for the next generation» (COM/2020/456/FINAL) y en el documento de trabajo SWD/2020/98 final.

(15) Así lo expresa F. J. CARRERA HERNÁNDEZ [«Del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) al nuevo Mecanismo de Reconstrucción y Resiliencia (MRR). ¿Ha sido necesaria una pandemia para reforzar la solidaridad financiera en la Unión Europea?», *ob. cit.*, pp. 28-29], añadiendo a continuación el importante dato de que «en las estimaciones iniciales de la Comisión europea, España podría recibir el 15 por 100 (77.000 millones de euros) de las transferencias directas y hasta 63.000 millones a través de los préstamos reembolsables. Globalmente, por tanto, hasta un 11 por 100 de nuestro PIB. Sería el segundo Estado más beneficiado, por detrás de Italia» (nota 52, p. 28).

Los dos instrumentos de mayor volumen del NG EU son, el Mecanismo de Reconstrucción y Resiliencia (MRR)(16) dotado con 672.500 millones de euros, y la Ayuda a la Recuperación para la Cohesión y los Territorios de Europa (REACT EU)(17) dotado con 47.500 millones de euros.

Conviene advertir que el MRR es una cualificada evolución, tanto del Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera (MEEF) creado con ocasión de la crisis financiera iniciada en el año 2008 (18) y que establecía «las condiciones y procedimientos en las que podrá concederse una ayuda financiera de la Unión a un Estado miembro que se encuentre afectado, o gravemente amenazado, por una severa perturbación económica o financiera ocasionada por acontecimientos excepcionales que no puede controlar» (19), como del posterior Mecanismo Europeo De Estabilidad (MEDE) (20), si bien este último sigue vigente y se ha utilizado con ocasión de la crisis provocada por la pandemia de la COVID-19. La finalidad del MEDE es «movilizar fondos y proporcionar apoyo a la estabilidad, bajo una estricta condicionalidad, adaptada al instrumento de asistencia financiera elegido, a los miembros del MEDE que experimenten o corran el riesgo de experimentar graves problemas de financiación, cuando ello sea indispensable para salvaguardar la estabilidad financiera de la zona del euro en su conjunto y de sus Estados miembros» (21).

Por tanto, en la actualidad, con ocasión de la crisis provocada por la pandemia de la COVID-19, la UE asiste financieramente a España mediante cuatro mecanismos distintos que le generan nuevos recursos, el MEDE, el SURE, el MRR y la REACT EU.

Por lo que se refiere al primero –al MEDE–, éste prevé cinco instrumentos distintos para canalizar la asistencia a los Estados miembros con dificultades. Para la crisis provocada por la COVID-19, se ha utilizado solo una de ellas, la referida a «líneas de crédito» de un año de duración (aunque ampliable), destinadas a financiar los gastos sanitarios relacionados con la COVID-19 y en los que se haya incurrido de forma directa o indirecta a partir de febrero de 2020. Este programa está dotado con una cuantía total de 540.000 millones de euros, lo que representa que «España puede solicitar aproximadamente la mitad de lo que recibió por la asistencia financiera para la recapitalización bancaria de nuestro país con ocasión de la

(16) Aprobado por el Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

(17) Aprobado por el Reglamento (UE) 2020/2221 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de diciembre de 2020 por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 1303/2013 en lo que respecta a los recursos adicionales y las disposiciones de ejecución a fin de prestar asistencia para favorecer la reparación de la crisis en el contexto de la pandemia de COVID-19 y sus consecuencias sociales y para preparar una recuperación verde, digital y resiliente de la economía (REACT EU).

(18) En concreto se creó con el Reglamento (UE) núm. 407/2010 del Consejo de 11 de mayo de 2010, por el que se establece un mecanismo europeo de estabilización financiera.

(19) La ayuda consistía en préstamos concedidos por la UE –y que ésta, a su vez, lograba en los mercados de capitales–. La concesión de los créditos requería presentar y someterse a un programa de ajustes económicos por parte del Estado cesionario conforme a las condiciones establecidas en dicho Reglamento. Portugal e Irlanda fueron beneficiarias de este programa de ayudas.

(20) Creado mediante el Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad firmado por los 17 Estados miembros de la UE en Bruselas el 2 de febrero de 2012.

(21) Conforme señala su artículo 2, a este mecanismo se acogió España, Grecia y Chipre con ocasión de la crisis financiera del 2008.

crisis financiera de 2008» (22). Estas líneas de crédito se pueden solicitar hasta diciembre de 2022, siendo el plazo máximo de devolución de diez años.

El SURE es el segundo instrumento europeo del que se sirve España y ha sido creado como apoyo temporal para atenuar los riesgos de desempleo en una emergencia (23). Está dotado con 100.000 millones de euros y se puede recurrir a él hasta diciembre de 2022. Es un instrumento de asistencia financiera que permite financiar reducciones de jornadas de trabajo, medidas de protección al trabajador como es el caso en España de los Expedientes de Regulación Temporal de Empleo (ERTEs). Se trata de préstamos concedidos directamente por la UE a amortizar en los plazos señalados. España solicitó la ayuda el 3 de agosto de 2020 y «podrá recibir hasta 21.300 millones de euros en diez tramos a través de un préstamo que tendrá un plazo de vencimiento máximo de 15 años, es decir, más de una quinta parte del total (Decisión de ejecución 2020/1347)» (24).

El MRR, en tercer lugar, es, como hemos señalado, la encarnación o herramienta más representativa del mencionado instrumento NG EU, tanto cuantitativa (representa una cifra de 672.500 millones de euros) como cuantitativamente, esto es, por la función que cumple al tratarse de subvenciones o transferencias directas (312.500 millones de euros) y de préstamos (360.000 millones de euros) especialmente dirigidos a los Estados más afectados por la crisis sanitaria. No obstante, si computamos también el resto de instrumentos que componen NG EU, estas cuantías habría que incrementarlas pues, como señala F. J. Carrera Hernández, el instrumento NG EU de 750.000 millones fue «alterado considerablemente [respecto de] la distribución entre subvenciones y ayudas. El acuerdo final ha provocado un movimiento de 110.000 millones de euros desde la partida de subvenciones a la de préstamos, quedando casi igualadas (390.000 y 360.000 respectivamente)» (25).

Por tanto, los fondos pueden utilizarse para conceder «préstamos reembolsables» por un volumen de hasta 360.000 millones de euros y «subvenciones» o transferencias no reembolsables por una cantidad de 390.000 millones de euros. El desembolso de estos importes se ha de realizar a lo largo de 6 años, hasta finales de 2026. Y la parte que corresponde a los préstamos reembolsables se tendrá que devolver antes del 31 de diciembre de 2058.

Los fondos del MRR se asignan en dos tramos: un 70 % sobre indicadores económicos anteriores a la emergencia sanitaria, y el restante 30 % se decidirá en 2022 con los datos que reflejen la evolución económica entre 2020 y 2022. Según los

(22) El límite de las cantidades solicitadas viene fijado por el 2 por 100 de la renta nacional bruta del Estado solicitante, si bien, se ha reducido al mínimo la condicionalidad para su solicitud. Cfr., CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., «Del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) al nuevo Mecanismo de Reconstrucción y Resiliencia (MRR). ¿Ha sido necesaria una pandemia para reforzar la solidaridad financiera en la Unión Europea?», ob. cit., pp. 15-22.

(23) El SURE o *Support to mitigate Unemployment Risks in an Emergency*, se aprobó en el Reglamento (UE) 2020/672 del Consejo de 19 de mayo de 2020, relativo a la creación de un instrumento europeo de apoyo temporal para atenuar los riesgos de desempleo en una emergencia (SURE) a raíz del brote de COVID-19.

(24) CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., «Del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) al nuevo Mecanismo de Reconstrucción y Resiliencia (MRR). ¿Ha sido necesaria una pandemia para reforzar la solidaridad financiera en la Unión Europea?», ob. cit., pp. 24-25.

(25) «Del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) al nuevo Mecanismo de Reconstrucción y Resiliencia (MRR). ¿Ha sido necesaria una pandemia para reforzar la solidaridad financiera en la Unión Europea?», ob. cit., p. 40.

indicadores que han de usarse, España recibiría un total de aproximadamente 60.000 millones de euros en transferencias no reembolsables y podría acceder a un volumen máximo de 80.000 millones de euros en préstamos.

Finalmente, en cuanto al fondo REACT EU, es otro de los instrumentos de mayor volumen del NG EU, aunque este venga dotado por una cantidad significativamente menor que el MRR, ya que solo alcanza la suma de 47.500 millones de euros. Los fondos de REACT EU operan como fondos estructurales y promueven la recuperación y transición ecológica, digital y resiliente de la economía. Se prevé que España reciba algo más de 12.000 millones de euros para su ejecución en el periodo 2021-22 (26).

Para conseguir los fondos del MRR, «los Estados miembros elaborarán planes de recuperación y resiliencia nacionales», estableciéndose en los mismos «el programa de reformas e inversiones del Estado miembro de que se trate» (27). España ha sido uno de los últimos países en aprobarlos (28). La condicionalidad del ingreso (ayuda) a un gasto, siempre ha estado presente en la configuración del instrumento de recuperación. De hecho, los proyectos dirigidos al refuerzo del potencial de crecimiento, a la creación de empleo y la resiliencia económica y social del Estado miembro y, sobre todo, la contribución efectiva a la transición ecológica y digital, se ha conformado como requisito constitutivo de la ayuda.

En caso de ser beneficiario de la ayuda o préstamo, el Estado «informará dos veces al año (...) sobre los avances realizados en la ejecución de su plan de recuperación y resiliencia» (29), pudiéndose, incluso, suspender y anular «el pago de la totalidad o una parte de la contribución financiera y, en su caso, del préstamo» cuando «la Comisión determina que no se han cumplido de forma satisfactoria los hitos y objetivos establecidos» (30).

2. LA ACTIVIDAD FINANCIERA Y LOS FONDOS Y CRÉDITOS DE LA UNIÓN EUROPEA: SU POSICIÓN EN EL CUADRO DE RECURSOS

En primer lugar, debemos cuestionarnos cuál es la posición que ocupa en el cuadro de recursos públicos las ayudas, fondos o mecanismos analizados de la UE. Y hemos de comenzar confirmando la clara primacía de los tributos frente a cualquier otra fuente de financiación, incluida, también, los «nuevos» recursos de la UE.

Al ser el artículo 31.1 de la CE el que establece el deber de contribuir –deber que se materializa, prioritariamente, con ingresos tributarios y, también y subsidiariamente, con otros recursos–, es claro que el tributo ha de ser la fuente de financiación principal del Estado en su actividad financiera. La cuestión quizá más relevan-

(26) https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/07102020_PreguntasRespuestasPR.pdf

(27) Artículo 17.1 del Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

(28) Dado que se aprobó en el Consejo de Ministros del pasado 27 de abril de 2021.

(29) Artículo 27 del Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

(30) Artículo 24.6 del Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

te, no está tanto en relación al orden que ocupa esta figura frente al resto, cuanto en la posibilidad de que los principios establecidos en dicho precepto para el tributo se apliquen de alguna manera a la generalidad de medios de financiación del gasto público, dado el profundo desarrollo doctrinal sobre tales principios en materia de ingresos tributarios en comparación a la escasa atención prestada respecto de los no tributarios.

No se trataría, evidentemente, de una traslación mecánica de un ámbito a otro, puesto que los principios del artículo 31 se refieren en exclusiva «a la contribución a las cargas públicas mediante el sistema tributario»; pero aun así, «hay que pensar que en las decisiones sobre los restantes métodos de financiación de los gastos públicos deben tenerse en cuenta los mismos principios de justicia que orientan el reparto de la carga pública» (31).

Lo que ocurre con este planteamiento, como el que considera que «el artículo 31.1 de la Constitución establece el principio de capacidad contributiva en relación al sostenimiento de los gastos públicos, o lo que es lo mismo, en relación a todos los ingresos públicos, pues todos ellos se destinan a la cobertura de los gastos» (32), es que tiene un difícil encaje en un ámbito distinto al tributario, y no solo ya por las dificultades intrínsecas de imaginar cómo operaría en un recurso no tributario un principio como el de capacidad contributiva o el de progresividad, cuyo contenido nada tiene que ver con su estructura jurídica (33), sino por los motivos de hermenéutica convenientemente apuntados (34), en el sentido de que «razones de interpretación lógica, sistemática e histórica, así como puramente gramaticales se oponen a extender en su literalidad los principios del artículo 31.1 a los recursos no tributarios». De ahí la preferencia, no por extraer directamente del artículo 31.1 de la Constitución límites jurídicos o reglas aplicables también a los ingresos no tributarios, sino por determinar los principios que en nuestro ordenamiento constitucional inspiran el conjunto del sistema de ingresos del Estado (35).

Y negada la aplicación directa de los principios tributarios al ámbito de los recursos no tributarios, hay que acudir nuevamente al artículo 31 de la CE, porque si hemos dicho que éste coloca al ingreso tributario en el cuadro de los recursos de la Hacienda Pública en una posición de primacía respecto del resto de los recursos, habrá que entender que existen límites intrínsecos respecto de los recursos no tributarios marcados precisamente por la subsidiariedad de este tipo de recursos (36).

Paradigmático de ello, es la deuda pública que, junto al límite «explícito» constitucional establecido en el artículo 135 de la CE prohibiendo al Estado que emita deuda en una cuantía que suponga incurrir en un «déficit estructural» (una

(31) MARTÍN DELGADO, J. M., «Los principios de capacidad económica e igualdad en la constitución de 1978», *HPE*, núm. 60, 1979, p. 64.

(32) FALCÓN Y TELLA, R., «La finalidad financiera en la gestión del patrimonio», *REDF*, núm. 35, 1982, pp. 382 y 383.

(33) En este sentido señala MARTÍN DELGADO, J. M., «Los principios de capacidad económica e igualdad en la constitución de 1978», ob. cit., p. 64, que «el principio de capacidad económica –orientador del sistema tributario– sería de muy difícil aplicación a otros mecanismos distintos de los tributos».

(34) ZORNOZA PEREZ, J., *Proyecto docente*, Madrid, 1991, pp. 164 y 165.

(35) Ob. loc. ult. cit.

(36) Así lo defendíamos en «Sistema tributario y Constitución», *Cuadernos de Derecho Público*, Instituto Nacional de Administraciones Públicas (INAP), núm. 25, (mayo-agosto) 2005, pp. 152-154.

«deuda pública que supere el 60 % del PIB»), existe otro límite «implícito» derivado del carácter subsidiario de la deuda pública. Dicho de otra forma, que el Estado no podría endeudarse con absoluta libertad –o con la única limitación de la autorización legislativa–, porque la Constitución exige que el gasto público se financie «fundamentalmente» por ingresos tributarios, siendo el endeudamiento una fuente complementaria o subsidiaria para atender dicho gasto (37).

Y este planteamiento creo que es perfectamente aplicable, no solo a la deuda pública, sino al resto de ingresos no tributarios como es, fundamentalmente, los créditos, ayudas o subvenciones reembolsables de la UE y analizadas. Téngase en cuenta que el recurso a la deuda pública y al resto de créditos o ayudas se deriva, desde luego, del crecimiento del gasto público –principalmente por la transformación de las funciones del Estado–, pero también es consecuencia de la «crisis de imposición» (38), en concreto, de la decisión de no financiar ese aumento del gasto público por la vía tributaria o patrimonial. Sin embargo, tal hecho no debe conducir a una equiparación desjerarquizada de los diferentes recursos de la Hacienda pública permitiendo una financiación del gasto desproporcionadamente nutrida de ingresos no tributarios.

Se podrá oponer al citado límite su evanescencia, pero, aun con todo, creo que es el único materialmente realizable o, al menos, con una efectividad mayor que la que pudiera derivarse de la traslación mecánica o indirecta de los principios materiales del artículo 31.1 de la CE. En todo caso, se trata de buscar algún límite constitucional en un Texto que guarda silencio sobre cuál debe ser la posición de los diferentes recursos en el cuadro de ingresos y cuál de todos ellos debe servir fundamentalmente para realizar las políticas de gasto.

Pero si resulta bastante pacífica la idea de que no existe una relación de alternatividad sino de subsidiariedad entre el conjunto de recursos no tributarios y el tributo, si es clara la preeminencia de éste sobre el resto de ingresos financieros, más complejo resulta determinar el encaje de los nuevos recursos de la UE creados para financiar políticas de gasto concretas con nuestro sistema financiero de ingresos y gastos. Señalábamos antes que es fácil apreciar una «reordenación» del esquema tradicional de ingresos públicos (a través del sistema tributario) y gasto público (entendido éste como una decisión «política» sobre las necesidades públicas plasmada en el presupuesto), entre otros factores por los mecanismos o instrumentos de financiación diseñados en el seno de la UE para apoyar a los Estados –en esta ocasión– especialmente castigados por la pandemia. Una financiación o fuente de ingresos «extraordinaria» pero sometida a un régimen jurídico singular y a una condicionalidad evidente respecto del gasto. Por ello nos preguntábamos páginas atrás si estas nuevas fuentes de financiación condicionadas a políticas de gasto específicos, no alteran el régimen constitucional de la actividad financiera

(37) Por el contrario, DE LA PEÑA VELASCO, G., «Deuda pública y Ley de Presupuestos», en AAVV, *Las Cortes Generales*, vol. III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1987, p. 1916, parece aceptar una relación de alternatividad y no de subsidiariedad cuando afirma que «la deuda pública incide jurídicamente sobre los restantes recursos financieros, ya que todos ellos son medios alternativos de financiación del gasto, y en tal sentido, la mayor o menor importancia cuantitativa de cualquiera de ellos tiene su reflejo sobre todos los demás».

(38) Así se expresa NAVARRO FAURE, A., *Aspectos jurídico-financieros del Déficit Público. (Especial referencia al déficit autonómico)*, Generalitat Valenciana, Conselleria d'Economia i Hisenda, Valencia, 1993, pp. 139 y 140.

del Estado; esto es, desde la vertiente de los «ingresos» y los «gastos» ¿no se altera nuestro cuadro de recursos y el régimen de selección de las políticas públicas de gasto? ¿no supone una fuente de financiación ajena o paralela a la del presupuesto alejando a esta institución de su función de control de la política de gastos? ¿en qué posición quedarían los principios de unidad y universalidad los cuales persiguen en última instancia asegurar el control por parte del órgano legislativo de toda la actividad financiera pública, así como que se incluyan todos los ingresos y gastos públicos sin afectación recíproca entre unos y otros? ¿se permite conocer adecuadamente la priorización de las atenciones o gastos así como los ingresos necesarios para cubrirlos cuando hay dos vías paralelas de financiación del Estado, la de la LPGE y la de las Ayudas de la UE? ¿no supone la vinculación de la ayuda financiera a un compromiso de política fiscal, laboral, económica, etc. una suerte de desdoblamiento de la política financiera del Estado, una rindiendo cuentas ante las Cortes a través de la LPGE, y otra ante la UE con ocasión de sus ayudas, mecanismos o instrumentos para apoyar financieramente al Estado?

Con el agravante, en relación a esto último, de la interferencia que se produce entre una y otra vía de financiación, toda vez que muchos de los recursos de la UE, como hemos estudiado, están condicionados a determinadas políticas económicas, laborales, fiscales, etc. Así, por ejemplo, el Plan de Recuperación remitido por el Gobierno a la UE a efectos de poder contar con la financiación del MRR y de otros instrumentos, contempla entre otras reformas –como la laboral– una reforma fiscal, en concreto, una revisión «en profundidad» de las figuras tributarias actuales, así como la incorporación de nuevos tributos «de acuerdo con las tendencias más recientes» para «incrementar» la suficiencia financiera del sistema tributario de acuerdo con el compromiso de sostenibilidad del gasto público (39).

En mi opinión, la crisis provocada por la pandemia de la COVID-19 ha estimulado de forma notable un cambio en la concepción clásica de la actividad del Estado. Los «ingresos» tradicionales con los se allegaban recursos para atender el gasto, se han visto incrementados por nuevas fuentes de financiación como son los mencionados fondos o ayudas de la UE que comienzan a diluir al sistema tributario como fuente básica de financiación. Muchas de estas ayudas transferidas como créditos reembolsables para finalidades o políticas de gasto concretas y que, además, escapan del control presupuestario y no tienen la consideración de crédito público [no se considera contablemente conforme al Sistema Europeo de Cuentas 2010 (SEC 2010) deuda pública a efectos de computar el «déficit excesivo»], ponen de relieve que el modelo tradicional está siendo superado o desbordado por estas nuevas realidades. Quizá sea pronto para hablar de un verdadero «cambio de paradigma» en la forma en la que el Estado realiza su actividad financiera, pero no lo es para reflexionar sobre el modelo que se está conformando en relación a dicha actividad financiera. Ya no se trata de saber qué nuevas fuentes de financiación existen, sino determinar quién decide el destino del gasto en relación a los nuevos

(39) Aunque no detalla en qué consistirá dicha reforma fiscal, sí que se habla abiertamente del «ensanchamiento de las bases tributarias» reducidas por las «numerosas exenciones y deducciones», así como evaluar si los actuales beneficios fiscales cumplen los objetivos para los que fueron creados o «si deben revisarse». En concreto, habla de «incrementar la recaudación» de los impuestos personales para hacerlos más «progresivos y justos» y también apuesta por «elevar la recaudación» del Impuesto sobre Sociedades «en línea con los principales países del entorno».

recursos; sobre determinar, también, qué control parlamentario se puede y debe ejercer en relación a unas decisiones de ingresos y gastos que afectan claramente a la actividad financiera del Estado. Desde este punto de vista, se puede hablar ya de un desdoblamiento de la actividad financiera del Estado diferenciando la tradicional (asentada en sede legislativa con las leyes tributarias y las leyes de gasto –LPGE–) de una nueva e innovadora (que descansa fundamentalmente en el ejecutivo con respecto a unos recursos concretos solicitados por éste y en relación a unas políticas de gasto fijadas con carácter previo). Unas políticas de gasto concretas que son, ciertamente necesarias y encomiables, pero que están predeterminadas o condicionadas por la obtención del ingreso. La definición de mecanismos de financiación por parte de la UE que se canalizan hacia inversiones modernizadoras de las economías es de gran significación política y económica, pero se trata de un modelo que reformula el esquema constitucional y concepción clásica de la actividad financiera del Estado. Incluso podríamos pensar en ese desdoblamiento de la actividad financiera del Estado, en la existencia, por ejemplo, de un crédito público del Estado sometido a la disciplina presupuestario de la deuda pública consagrada en la CE y LGP (40) y otro «crédito público» o «crédito reembolsable» –como lo denominan las ayudas o fondos de la UE– ajenos a dicho orden constitucional y legal. Ambos son recursos o ingresos públicos y ambos sirven para atender el gasto público.

Si es cierto que la crisis provocada por la pandemia de la COVID-19 obliga de forma urgente y excepcional a buscar nuevos recursos y nuevas fuentes de financiación, no lo es menos que ese objetivo se ha de realizar en coherencia con la Constitución financiera y sin merma de las garantías constitucionales establecidas con respecto a la ordenación de los ingresos y de los gastos.

BIBLIOGRAFÍA

- ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J., «Medidas adoptadas por los entes territoriales menores en España ante la crisis financiera provocada por la pandemia», en el Libro Colectivo dirigido por Marciano Seabra de Godoi, Carlos Palao Taboada, Germán Orón Moratal, João Ricardo Catarino, José Casalta Nabais, y Juan Arrieta Martínez de Pisón, *Finanças Públicas, Direito Financeiro e Direito Tributário em Tempos de Pandemia. Diálogos Ibero-Americanos*, Editora D'Plácido, Belo Horizonte, 2020.
- «Sistema tributario y Constitución», *Cuadernos de Derecho Público*, Instituto Nacional de Administraciones Públicas (INAP), núm. 25, (mayo-agosto) 2005.
- CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., «Del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) al nuevo Mecanismo de Reconstrucción y Resiliencia (MRR). ¿Ha sido necesaria una pandemia para reforzar la solidaridad financiera en la Unión Europea?», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 75, julio-septiembre, 2020.
- CARRERA RAYA, F. J., «Comentario sobre las operaciones de crédito en la Ley Reguladora de las Haciendas Locales», *Revista de Hacienda Autónoma y Local*, núm. 55-56, 1989.

(40) Me estoy refiriendo, fundamentalmente, al artículo 135 de la CE y a los artículos 94 a 105 de la LGP o Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

- COMISIÓN DE LA UE, Comunicación de la Comisión «Europe's moment: repair and prepare for the next generation» (COM/2020/456/FINAL) y en el documento de trabajo SWD/2020/98 final.
- DE LA PEÑA VELASCO, G., «Deuda pública y Ley de Presupuestos», en AAVV, *Las Cortes Generales*, vol. III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1987.
- FALCÓN Y TELLA, R., «La finalidad financiera en la gestión del patrimonio», *REDF*, núm. 35, 1982.
- FERREIRO LAPATZA, J. J., «Ordenamiento jurídico de la Deuda pública de las Comunidades Autónomas», *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 23, 1985.
- FUNCAS, <https://www.funcas.es/articulos/los-presupuestos-del-estado-de-2021-una-valoracion/>
- GARCÍA NOVOA, C., *La tributación en el contexto de la pandemia del COVID-19*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2020.
- GARCÍA ROCA, J., y MARTÍNEZ LAGO, M. A., *Estabilidad presupuestaria y consagración del freno constitucional al endeudamiento*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2013.
- MARCO PEÑAS, E., «¿Una nueva reforma de la disciplina presupuestaria Europea?», *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 88, 2017.
- «Reforma de la gobernanza económica y la disciplina presupuestaria de la Unión Europea el Six Pack», *Revista Española de Control Externo*, vol. 14, núm. 41, 2012.
- MARTIN DELGADO, J. M., «Los principios de capacidad económica e igualdad en la constitución de 1978», *HPE*, núm. 60, 1979.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, C., «Gasto público local», en Velasco Caballero, F. (Director), *Tratado de Derecho Local*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- NAVARRO FAURE, A., *Aspectos jurídico-financieros del Déficit Público (Especial referencia al déficit autonómico)*, Generalitat Valenciana, Conselleria d'Economia i Hisenda, Valencia, 1993.
- MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA DEL GOBIERNO, https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/07102020_PreguntasRespuestasPR.pdf
- RAMALLO MASSANET, J., *Memoria sobre el concepto, método y fuentes presentada a la oposición a las Agregaciones de Derecho Financiero y Tributario de las Universidades de Valladolid, Valencia y Granada en septiembre de 1976*, Madrid, 1976.
- «Derecho fiscal frente a Derecho civil: discusión en torno a la naturaleza del Derecho financiero entre L. Trotabas y F. Geny», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, vol. XVII, núm. 46, Madrid, 1973.
- RODRÍGUEZ BEREJO, A., *Introducción al estudio del Derecho Financiero*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1976.
- TEJERIZO LÓPEZ, J. M., «Operaciones de crédito», en AAVV, *Manual de Derecho Tributario Local*, Escola de d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 1987.
- «La Deuda pública de las Comunidades Autónomas», *REDF*, núm. 23, 1979.
- ZORNOZA PÉREZ, J., *Proyecto docente*, Madrid, 1991.

DERECHO EN Y TRAS LA PANDEMIA. LOS MECANISMOS DE APOYO DE LA UE PARA HACER FRENTE A LA CRISIS DE LA COVID-19: EL ALCANCE DE LA SOLIDARIDAD ENTRE ESTADOS MIEMBROS DE LA UE

Ester MARCO PEÑAS*

Resumen

Para apoyar la recuperación de las economías de los Estados miembros de la Unión Europea (UE), tras la crisis derivada de la pandemia de la COVID-19, y a su vez, aumentar su resiliencia y fomentar las transiciones ecológica y digital, la UE ha aprobado un paquete de estímulos sin precedentes, el «Plan de recuperación para Europa». Este trabajo analiza en qué medida los programas que integran el citado Plan (especialmente el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia) constituyen nuevos sistemas de apoyo financiero, de naturaleza e implicaciones –a nivel de endeudamiento– diferentes a los introducidos en la crisis de deuda soberana de 2010, y suponen un verdadero avance en la solidaridad entre Estados miembros de la UE.

Palabras clave

Mecanismos de apoyo UE; Next Generation EU; Mecanismo de Recuperación y Resiliencia; SURE; sistema de recursos propios.

Abstract

To support the recovery of the economies of the Member States of the European Union (EU), after the crisis derived from the COVID-19 pandemic, and in turn, increase their resilience and promote ecological and digital transitions, the EU has approved an unprecedented stimulus package, the «Recovery Plan for Europe». This paper analyzes to what extent the programs that make up the aforementioned Plan (especially the Recovery and Resilience Mechanism) constitute new financial support systems, of a nature and implica-

* Profesora Contratado Doctor de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Autónoma de Madrid. E-mail: ester.marco@uam.es

tions – at the level of indebtedness – different from those introduced in the sovereign debt crisis of 2010 and represent a real advance in solidarity between EU Member States.

Keywords

EU support mechanisms; Next Generation EU; Recovery and Resilience Mechanism; SURE; own resources system.

SUMARIO: I. Introducción. II. Medios extraordinarios y temporales de la UE para hacer frente a la crisis ocasionada por la COVID-19. 1. *Pandemic Crisis Support*: La Participación del MEDE en la Crisis de la COVID-19. 2. Fondo de Garantía Paneuropeo del Banco de Inversiones (BEI): Garantías a la Financiación de Empresas. 3. SURE: Préstamos de la Comisión para paliar los riesgos derivados del desempleo. 4. La pieza central: el Next Generation (NGEU) y el Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia (MRR). III. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

LA necesidad de coordinar la reacción de los Estados miembros de la Unión frente a la crisis de la COVID-19 se reflejó en la Comunicación de la Comisión, de 11 de marzo de 2020, relativa a la respuesta económica coordinada al brote de COVID-19 (1); y posteriormente en la Comunicación de la Comisión, de 19 de marzo de 2020, titulada «Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19», que ha sido modificada en cinco ocasiones hasta la fecha (2). Como detallaremos en los siguientes apartados, la UE ha aprobado un plan de recuperación sin precedentes, con la finalidad de contribuir a la reconstrucción de las economías de los Estados miembros («Plan de recuperación para Europa»). El Plan de recuperación para Europa es el mayor paquete de estímulos fiscales jamás adoptado por la Unión (Consejo Europeo, Conclusiones de 21 de julio de 2020) (3).

Esta respuesta de la Unión, rápida, coordinada y con un volumen sin precedentes perseguía evitar uno de los principales errores cometidos durante las crisis de deuda soberana de 2010, aprobar paquetes demasiado tarde, de importes pequeños

(1) COM(2020) 112 Final.

(2) El 3 de abril, el 8 de mayo, el 29 de junio, el 13 de octubre de 2020 y el 1 de febrero de 2021.

(3) Se intenta centralizar toda la actuación de la Unión a través del Plan de Recuperación para Europa. La doctrina señaló en la crisis soberana de 2010, que la creación de un mecanismo único es más transparente que un sistema de garantías que genere obligaciones a los Estados miembros al margen del ordenamiento jurídico de la UE. *Vid.* LOUIS, J., «Guest Editorial: the no bailout clause and rescue packages», *Common Market Law Review*, núm. 47, p. 985.

y con características inciertas. Si una lección se aprendió de la crisis precedente es que cuanto más se tarda en actuar, mayor es el volumen necesario (4). Ahora bien, técnicamente dos factores demoran la puesta en marcha del Plan de Recuperación para Europa. En primer lugar, para poder obtener los fondos, los Estados miembros deben aprobar sus propios Planes de recuperación y resiliencia (5). En segundo lugar, en la medida en que el sistema de ayuda se financia a cargo del presupuesto de la UE, ha sido necesario modificar el sistema de recursos propios. La nueva Decisión (UE, Euratom), de 14 de diciembre, sobre el sistema de recursos propios de la UE entrará en vigor tras su aprobación por todos los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normativas constitucionales. Los Estados miembros manifestaron, en el Consejo de 17 y 21 de julio de 2020, la intención de proceder lo antes posible a la aprobación de dicha Decisión, puesto que en términos generales este proceso suele demorarse dos años (6). Esta necesidad de actuar con celeridad, así como la importancia de la aprobación del Plan de Recuperación para Europa, se ha puesto de manifiesto en el proceso de ratificación de la Decisión sobre recursos propios en Alemania. El Tribunal Constitucional alemán, en el auto de 15 de abril de 2021, ha rechazado la solicitud de medida cautelar de suspensión de la Ley nacional de ratificación de la Decisión sobre el sistema de recursos propios de la UE (*Eigenmittelbeschluss-Ratifizierungsgesetz*) (7). El Tribunal constitucional alemán afirma que, a pesar de que el recurso de inconstitucionalidad presentado no es claramente inadmisibile o infundado (8), tras un análisis sumario, puede concluir que es poco probable que se declare la violación del artículo 79.3 Ley Fundamental de la República Federal Alemana (en adelante, *GG*) (9) en el procedimiento principal. En este punto, la decisión sobre la adopción de las medidas cautelares debe basarse en una ponderación. Al respecto, el Tribunal considera que las consecuencias que se producirían si no se adoptasen las medidas cautelares, pero el

(4) Editorial Comment, *Common Market Law Review*, núm. 48, pp. 1769-1776, 2011, en particular, p. 1774. Los autores afirman que si hace dos años (año 2009) la cantidad de dinero necesaria simplemente se hubiera puesto sobre la mesa, unos 300.000 millones de euros probablemente hubieran sido suficientes para limitar la crisis de deuda soberana de Grecia, sin embargo, en la actualidad (año 2011) un billón de euros se considera insuficiente (puesto que, si bien es una cantidad muy elevada, es solo la mitad de la deuda pública de Italia).

(5) Los Estados tienen hasta el 30 de abril de 2021 para presentar sus Planes nacionales de recuperación y resiliencia, en los que establecerán sus programas de reformas e inversiones hasta 2026.

(6) El 18 de marzo de 2021 trece Estados han ratificado la Decisión sobre el sistema de recursos propios: Bélgica, Bulgaria, Grecia, España, Francia, Croacia, Italia, Chipre, Letonia, Luxemburgo, Malta, Portugal y Eslovenia.

(7) El 25 de marzo de 2021, el *Bundestag* alemán había adoptado el proyecto de ley de ratificación de la Decisión sobre recursos propios de la UE, y el *Bundesrat* la había aprobado el 26 de marzo de 2021.

(8) Los demandantes, en esencia, alegan que la Ley nacional que ratifica la Decisión sobre recursos propios de 2020 viola sus derechos en virtud del artículo 38 (1) primera frase *GG*, en conjunción con el artículo 20 (1) y (2) y el artículo 79 (3) *GG*. El derecho a la autodeterminación democrática, establecido en el artículo 38 (1) primera frase *GG*, en conjunción con el artículo 20 (1) y (2) y artículo 79 (3) *GG*, protege a los ciudadanos alemanes, no solo contra una erosión sustancial de la libertad del *Bundestag* para determinar la política, sino que también les otorga el derecho a que las instituciones, órganos, oficinas y agencias de la Unión Europea solo ejerzan las competencias que les han sido transferidas de conformidad con el artículo 23 *GG*.

(9) Este precepto de la *GG* establece que «No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20».

auto de aprobación de la Decisión fuera finalmente declarado inconstitucional, son menos severas que las consecuencias que se originarían si la medida cautelar se adoptase y finalmente el recurso de inconstitucionalidad fuera considerado carente de fundamento en el procedimiento principal.

A nivel de disciplina presupuestaria, existen dos opciones para evitar que el apoyo financiero a un Estado incida en los niveles de déficit y deuda públicos del resto de Estados de la UE. La primera, que la Comisión emita deuda y sea el propio presupuesto de la UE el que avale la operación (como sucedió ya en el Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera (10) y (11), MEEF). Sin embargo, esta opción se encuentra condicionada por el reducido tamaño del presupuesto de la UE y, por tanto, solo permite mecanismos de apoyo de cuantías limitadas (12), e insuficientes para una crisis económica como la derivada de la COVID-19. La segunda opción es que la deuda se contraiga por una entidad autónoma a la UE y con un capital propio lo suficientemente importante para garantizar la deuda por ella suscrita (como es el caso del Mecanismo Europeo de estabilidad (13), MEDE). En este último escenario, los Estados miembros ocupan una posición de avalistas de segundo nivel, y no se producen reasignaciones del déficit y la deuda contraídas por la entidad a las cuentas

(10) El Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera (MEEF) fue el primer mecanismo introducido durante la crisis de deuda soberana de 2010 (Reglamento (UE) núm. 407/2010). Este tiene su anclaje jurídico en el artículo 122.2 TFUE, que abre la posibilidad, bajo circunstancias especiales, a la Unión Europea a prestar ayudas de carácter financiero a un Estado miembro de la zona euro. A través del MEEF, la Comisión podía tomar prestados hasta un total de 60.000 millones de euros en los mercados financieros o instituciones financieras para posteriormente prestar al Estado afectado. Las cantidades tomadas a préstamo por la Comisión tenían la garantía del presupuesto de la UE.

(11) La posibilidad de que la Unión Europea prestara a Estados miembros ya existía desde los años setenta, a través del mecanismo de asistencia financiera a medio plazo (creado por la Decisión 71/173). Este mecanismo fue ampliado a lo largo de los años ochenta. La figura actualmente vigente es el Mecanismo de ayuda financiera a medio plazo a las balanzas de pagos, creado por el Reglamento (CE) núm. 332/2002, del Consejo, de 18 de febrero de 2002. Este mecanismo se basa en el artículo 143 del TFUE (segundo párrafo del apartado 1 y el apartado 2), el cual establece que, en caso de dificultades graves o de amenaza de dificultades en la balanza de pagos de un Estado miembro, la Comisión deberá recomendar al Consejo, previa consulta al Comité Económico y Financiero, la concesión de una asistencia mutua. Los préstamos que se efectúen mediante el Mecanismo de ayuda financiera a medio plazo a las balanzas de pagos también están condicionados a la introducción por el Estado miembro de medidas de política económica que permitan restablecer o garantizar una situación sostenible de su balanza de pagos. Entre los beneficiarios actuales del Mecanismo de ayuda financiera a medio plazo a las balanzas de pagos se encuentran: Hungría, Letonia y Rumania.

(12) La problemática del MEEF, que debe sortearse en el mecanismo actual, era el alcance limitado de sus recursos. El artículo 2.2 Reglamento núm. 407/2010 establece que los recursos del MEEF están limitados al margen disponible por debajo del límite máximo de los recursos propios para los créditos de pago (remisión al art. 3 Decisión del Consejo, 200/436/CE Euratom, de 7 de junio, sobre recursos propios de las Comunidades Europeas). Como señala GREGORIO MERINO, la cantidad de 60.000 millones del MEEF era una cantidad casi insignificante para un mecanismo que debía ser percibido por los mercados de capitales como un potente cortafuegos capaz de asistir a algunas de las mayores economías de la zona euro, que estaban en el «radar de los mercados». GREGORIO MERINO, A., «Legal developments in the economic and monetary Union during the debt crisis: the mechanisms of financial assistance», *Common Market Law Review*, núm. 49, 2012, p. 1619.

(13) El MEDE fue la última figura de apoyo financiero introducida durante la crisis de deuda soberana de 2010. Tiene la naturaleza jurídica de un organismo intergubernamental que se crea con arreglo al Derecho internacional público, a través de la aprobación de un Tratado firmado, el 2 de febrero de 2012, por los Estado de la zona euro (en adelante, TMEDE). Para su creación se modificó el texto del artículo 136.3 TFUE, el cual fue el anclaje jurídico del MEDE, y no el 122 TFUE como en el caso del MEEF.

públicas de los Estados miembros en función de la cuantía de la garantía que han aportado a la operación (como sí sucedía en el caso de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera (14), FEEF, debido a su reducido capital social) (15).

En síntesis, si para hacer frente a la crisis económica derivada de la COVID-19, la Unión quería, por un lado, aprobar un sistema de apoyo a sus Estados miembros basado en el Derecho europeo [superando, por tanto, mecanismos previos de carácter intergubernamental establecidos a través de instrumentos normativos convencionales (16), como el MEDE] y sorteando la participación del FMI (17); y, por otro lado, evitar que el mecanismo incidiera en el cumplimiento de la disciplina presupuestaria del conjunto de Estados miembros, el funcionamiento del mecanismo de apoyo debía pivotar sobre el presupuesto de la UE y ser la Comisión quien llevase a cabo la emisión de la deuda. Ahora bien, para evitar las limitaciones cuantitativas de las que adolecía el MEEF, era necesario, como hemos apuntado, modificar el sistema de recursos propios de la Unión. Este último factor constituye uno de los principales avances del Plan de Recuperación respecto a los sistemas de apoyo financiero preexistentes (como también lo es la naturaleza de transferencias, y no préstamos, de parte de las ayudas). Como todo avance, es lógico que sea en estos puntos donde se encuentran las mayores dificultades, políticas y jurídicas, tanto a nivel europeo como nacional. Por este motivo, y dada la urgencia de las circunstancias, paralelamente, se han adoptado otras medidas de apoyo financiero a los Estados que detallamos en la primera parte del siguiente apartado.

II. MEDIOS EXTRAORDINARIOS Y TEMPORALES DE LA UE PARA HACER FRENTE A LA CRISIS OCASIONADA POR LA COVID-19

El 23 de abril de 2020, el Consejo aprobó un conjunto de medidas que constituyen, en palabras de su presidente, una triple red de seguridad para trabajadores,

(14) Debido a las limitaciones cuantitativas apuntadas respecto del MEEF, se introdujo un segundo mecanismo de apoyo, la Sociedad Facilidad Europea de Estabilización Financiera (*European Financial Stability Facility*), en adelante FEEF. La FEEF se creó a través de un Acuerdo Marco intergubernamental y adoptó la forma jurídica de una Sociedad instrumental (*Special Purpose Vehicle*), sita en Luxemburgo, cuyos accionistas eran los Estados miembros de la zona euro. Entre las actividades de la FEEF se encontraba la emisión de bonos u otros instrumentos de deuda en los mercados de capitales para obtener los fondos necesarios con los que aportar crédito a Estados con dificultades financieras.

(15) Sobre el impacto de los mecanismos de apoyo (FEEF y MEDE) en los niveles de déficit y la deuda públicos de los Estados miembros a efectos de dar cumplimiento al artículo 126 TFUE y al Pacto de Estabilidad y Crecimiento. *Vid. Eurostat*, «Manual on Government Deficit and Debt-Implementation of ESA 2010» (2019), pp. 74 y 75.

(16) Este sistema había sido objeto de múltiples críticas, *vid. infra* nota al pie núm. 65.

(17) La participación del FMI en los mecanismos de rescate a los Estados miembros de la UE no ha estado exenta de controversia, siendo cuestionada tanto desde fuera como desde dentro del propio FMI. La voluntad de crear, ya antes de la crisis derivada de la COVID-19, un Fondo Monetario Europeo (FME), sustituto del FMI en Europa, refleja las diferencias surgidas entre el FMI y la UE durante la gestión de la crisis de deuda soberana de 2010. Sobre ello *vid. CASANOVA DOMENECH, M.*, y MILLET SOLER, M., «El Fondo Monetario Europeo como sustituto del Fondo Monetario Internacional: constatación jurídica y causas», en *La profundización de la Unión Económica y Monetaria* (Dir. Olesti Rayo, A., Marcial Pons, pp. 151-168).

empresas y Estados. Las medidas de apoyo que detallaremos a continuación constituyen la respuesta rápida a la crisis económica y social derivada de la COVID-19, sin embargo, ninguna de ellas reúne todos los requisitos que hemos apuntado. Por ello, se configuran como medidas paralelas y complementarias, mientras se aprueba y se pone en funcionamiento el Plan de Recuperación para Europa. A su vez, durante esta fase inicial, ha sido clave la actuación del BCE, a través del programa de compras de deuda pública de emergencia frente a la pandemia (en adelante, PEPP). La entidad del PEPP, dotado con 1,85 billones de euros y una vigencia, al menos, hasta marzo de 2022, ha permitido, a diferencia de lo sucedido en la crisis anterior, mantener la estabilidad de las primas de riesgo de la deuda pública de los Estados miembros. Como es sabido, los programas de compras del BCE durante la crisis de 2010 dieron lugar a pronunciamientos del TJUE (STJUE *Peter Gauweiler* y otros c. *Deutscher Bundestag*, de 16 de junio de 2015, Asunto C-62/14 y *Heinrich Weiss* y otros, de 11 de diciembre de 2018, Asunto C-493/17), fruto de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Constitucional alemán (18). No obstante, a pesar de las dudas que los programas previos han suscitado, en esta ocasión la actuación del BCE ha sido todavía más contundente, acercándose a la de otros bancos centrales ante la crisis de la COVID-19, como la Reserva Federal de EEUU y el Banco de Inglaterra, y constituyendo un elemento esencial para la estabilidad de los presupuestos de los Estados (19).

(18) El Tribunal Constitucional alemán, en Auto de la Sala Segunda de 14 de enero de 2014, planteó cuestión prejudicial al TJUE sobre el anuncio del lanzamiento del programa de compra de títulos «Outright Monetary Transactions» (OMT) por el BCE. El Tribunal de Justicia dio respuesta a la cuestión prejudicial en la sentencia *Gauweiler*. De nuevo, el 18 de julio de 2017, el Tribunal Constitucional alemán actuó como Tribunal *a quo* y planteó cuestiones prejudiciales sobre las condiciones del OMT y sobre el *Public Sector Purchase Programme* (PSPP), programa que sustituía al OMT. En sus pronunciamientos el TJUE confirma la facultad del BCE/SEBC de comprar a los acreedores de los Estados miembros títulos de deuda (apartado 103 *Weiss*), ya que los adquiere en los mercados secundarios, y no directamente a las autoridades y organismos de los Estados miembros, no pudiéndose equiparar estas actuaciones del BCE (a través del PSPP) a una asistencia financiera a un Estado miembro. Dado el objeto de nuestro trabajo no analizaremos exhaustivamente la jurisprudencia del TJUE y el Tribunal Constitucional alemán sobre los programas de compras de deuda por el BCE, sobre la misma., *vid.*, entre otros, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «La cuestión prejudicial del Tribunal Constitucional alemán sobre la decisión OMT», *Revista española de derecho europeo*, núm. 51, 2014, pp. 119-163; HOFMANN, H. C. H., «Gauweiler and OMT: Lessons for EU Public Law and the European Economic and Monetary Union», *SSRN Papers*, 19 de junio de 2015, pp. 1-22; CRAIG, P., y MARKAKIS, M., «Gauweiler and the Legality of Outright Monetary Transactions», *Oxford Legal Studies Research Paper*, núm. 5, 41, 2016, pp. 1-41; SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., «La sentencia *Gauweiler* (C-62/14) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre el programa de compra de deuda pública del Banco Central Europeo», *Revista española de derecho europeo*, núm. 57, 2016, pp. 63-74; HOFMANN, H. C. H., «Controlling the Power of the ECB: Delegation, Discretion, Reasoning and Care: What Gauweiler, Weiss and Other Can Teach Us», *ADEMU Working Paper Series*, 2018/107, abril 2018, pp. 1-29; GALETTA, D.-U., y ZILLER, J., «¿Karlsruhe Über Alles? La insoportable pesadez del juez constitucional alemán (sobre la Sentencia del Zweiter Senat del Tribunal Constitucional Federal alemán del 5 de mayo de 2020 relativa al programa PSPP del Banco Central Europeo)», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 73-74, enero-junio 2020, pp. 179-212; MANGAS MARTÍN, A., «El Tribunal Constitucional alemán y su fuego amigo sobre el Tribunal de Justicia de la UE y el BCE», *Estudios Internacionales y Estratégicos*, Real Instituto Elcano, 2020.

(19) Encontramos críticas a la financiación monetaria de los Estados en OJEDA RUIZ, A., «Monetización del déficit público y compra de deuda soberana por el BCE/SEBC. (A propósito de la jurisprudencia Pringle-Gauweiler-Weiss del TJUE)», *Indret*, núm. 3, 2020, pp. 358-405.

1. PANDEMIC CRISIS SUPPORT: LA PARTICIPACIÓN DEL MEDE EN LA CRISIS DE LA COVID-19

El 9 de abril de 2020, el Eurogrupo alcanzó un acuerdo para establecer un programa de apoyo específico del MEDE ante Crisis Pandémicas (el denominado, *Pandemic crisis support*), basado en una línea de crédito precautoria con condicionalidad reforzada (*Enhanced Conditions Credit Line*, en adelante, ECCL (20)), ajustada a las circunstancias de la pandemia derivada de la COVID-19. Este acuerdo fue aprobado el 23 de abril de 2020, por el Consejo Europeo y, el 8 de mayo 2020, el Eurogrupo fijó las condiciones específicas de la línea de crédito. Finalmente, la ECCL se puso en funcionamiento por el Consejo de Gobernadores del MEDE el 15 de mayo de 2020. A pesar de tratarse de una ECCL, que implica una condicionalidad reforzada (arts. 12 y 14 TMEDE), el único requisito que se ha establecido para acceder al apoyo financiero es que los Estados miembros solicitantes se comprometan a destinar la financiación del *Pandemic crisis support* a sufragar gastos sanitarios, directos e indirectos, relacionados con la crisis de la COVID-19, que se hayan generado desde febrero de 2020 (21). De este modo, las condiciones de acceso a la asistencia financiera del MEDE son, debido a la pandemia, menos estrictas, y no es necesaria la introducción de un programa de ajuste macroeconómico (art. 16 TMEDE) (22). La línea de crédito aprobada tiene una duración de un año, ampliable en seis meses, hasta en dos ocasiones, y un período máximo de vencimiento de diez años. Los Estados pueden solicitar el acceso a una ECCL hasta diciembre de 2022 (23). La posibilidad de acceder a las ECCL del MEDE se

(20) Tal como establece el artículo 14.1 TMEDE, la asistencia precautoria del MEDE se puede llevar a cabo mediante una línea de crédito precautoria condicionada (*precautionary conditioned credit line –PCCL–*) o a través de una línea de crédito con condicionalidad reforzada (*enhanced conditions credit line –ECCL–*). El primer tipo de líneas de crédito se establece para Estados de la zona euro cuya situación económica y financiera es sólida (en los términos y bajo los compromisos establecidos en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y, en concreto, en el marco del procedimiento para evitar déficits excesivos). A su vez, el Estado debe gozar de un historial de acceso a los mercados de capitales en condiciones razonables, y no tener problemas de solvencia bancaria que puedan generar amenazas sistémicas a la estabilidad del sistema bancario de la zona euro. Por el contrario, el segundo tipo de líneas de crédito, las ECCL, están abiertas a todos los Estados de la zona euro cuya situación económica y financiera general es sólida, pero no cumplen con alguno de los criterios de elegibilidad establecidos para acceder a una línea PCCL. En este último caso, el Estado deberá adoptar medidas correctivas destinadas a superar estas debilidades, y evitar así futuras dificultades de acceso a la financiación a través de los mercados.

(21) Este compromiso se incluye en un Plan de Respuesta a una Pandemia (PRP) individual, basado en unas condiciones estandarizadas para todos los Miembros del ESM. El análisis preliminar concluyó que todos los Estados de la zona euro podían solicitar la ECCL hasta una cuantía del 2% de su renta nacional bruta (RNB) a finales de 2019.

(22) Esta flexibilidad está en consonancia con la excepcionalidad del cumplimiento de los mandatos del Pacto de Estabilidad y Crecimiento. El 23 de marzo de 2020, la Comisión ha activado, por primera vez desde la aprobación del Pacto, la denominada «cláusula general de salvaguardia», introducida en 2011 en el artículo 5.1 *in fine* del Reglamento núm. 1466/1997, de supervisión de las políticas presupuestarias, precepto que regula la regla de gasto a nivel europeo. La cláusula general de salvaguardia permite a los Estados miembros que se encuentran bajo el componente preventivo del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, como era el caso de España, desviarse temporalmente de sus objetivos presupuestarios a medio plazo o de la trayectoria de ajuste hacia su consecución.

(23) Pueden verse las condiciones de la ECCL en: <https://www.consilium.europa.eu/media/44011/20200508-pcs-term-sheet-final.pdf>

encuentra en la línea de los mecanismos de apoyo financiero establecidos durante la crisis de deuda soberana, pero no comporta un avance significativo en la solidaridad entre Estados miembros (más allá de la relajación en la condicionalidad asociada a los préstamos del MEDE), y tiene los inconvenientes de un sistema basado en acuerdos intergubernamentales fuera del Derecho de la Unión. Además, en todo caso, a nivel cuantitativo, la ayuda que puede aportar el MEDE a través de las ECCL es claramente insuficiente para hacer frente a la crisis económica derivada de la COVID-19, por ello, desde su aprobación, los Estados eran conscientes de la necesidad de introducir otros sistemas de apoyo financiero (24).

2. FONDO DE GARANTÍA PANEUROPEO DEL BANCO EUROPEO DE INVERSIONES (BEI): GARANTÍAS A LA FINANCIACIÓN DE EMPRESAS

El 26 de mayo de 2020, el Consejo de Administración del BEI aprobó la estructura y el modelo de negocio de un nuevo Fondo de garantía paneuropeo para hacer frente a la crisis económica derivada de la pandemia de la COVID-19, que aspira a movilizar 200.000 millones de euros. Este fondo fue refrendado por el Consejo Europeo el 23 de abril de 2020. Su objetivo es garantizar instrumentos de deuda y capital, así como abordar de manera coordinada las necesidades de financiación de aquellas empresas europeas [especialmente las pymes (25)] que son viables a largo plazo, pero que atraviesan dificultades de financiación debido a la pandemia. Estas medidas se adoptan siguiendo lo establecido en el artículo 107, apartado 3, letra b) TFUE, que afirma la compatibilidad con el mercado interior de aquellas ayudas destinadas a reparar perjuicios causados por desastres naturales o por acontecimientos de carácter excepcional. Todos los Estados miembros tienen la posibilidad de participar, hasta el momento se han incorporado veintiún Estados, entre los que se encuentra España (26).

(24) La necesidad de rediseñar el MEDE ya existía de forma previa a la crisis de la COVID-19, valorándose su transformación en un Fondo Monetario Europeo. De hecho, el Eurogrupo ya había aprobado el 14 de junio de 2019 un Tratado para la reforma del TMEDE, que está pendiente de firma y ratificación por los Estados miembros del MEDE. Sin embargo, esta reforma no altera sustancialmente la naturaleza y el funcionamiento del MEDE, que sigue siendo, como establece el artículo 3 TMEDE revisado, movilizar fondos para prestarlos a los Estados con el objetivo de mantener la estabilidad de la zona euro en su conjunto. Por tanto, la reforma proyectada no transforma el MEDE en el instrumento idóneo para abordar las consecuencias económicas de una crisis de la gravedad y la extensión de la actual.

(25) De hecho, se establecen limitaciones en función del tamaño de las empresas, en concreto, al menos el 65 % de la financiación se debe destinar a pymes. Un máximo del 23 % podrá ir a empresas con doscientos cincuenta o más empleados, con restricciones aplicables a empresas más grandes, con más de tres mil empleados. Finalmente, un máximo del 5 % de la financiación podrá destinarse a empresas y organismos del sector público que trabajen en el ámbito de la salud o de la investigación sanitaria o que presten servicios esenciales relacionados con la crisis sanitaria.

(26) Las contribuciones de los Estados miembros al Fondo de Garantía Paneuropeo adoptan la forma de garantías (que ascienden a un total de 25.000 millones de euros) y pueden incluir, además, un pago inicial. Dichas garantías cubrirán las pérdidas sufridas en operaciones respaldadas por el Fondo de Garantía Paneuropeo, de manera proporcional por los Estados miembros participantes. El fondo aprobará inicialmente operaciones hasta finales de 2021, si bien los Estados miembros pueden prorrogar este período.

3. SURE: PRÉSTAMOS DE LA COMISIÓN PARA PALIAR LOS RIESGOS DERIVADOS DEL DESEMPLEO

El 2 de abril de 2020, la Comisión remite al Consejo la propuesta de Reglamento para el establecimiento de un instrumento europeo de apoyo temporal para atenuar los riesgos de desempleo en una emergencia a raíz del brote de COVID-19 (en adelante, SURE– *temporary Support to mitigate Unemployment Risk in Emergency*). El SURE se aprueba finalmente por el Reglamento (UE) núm. 672/2020, de 19 de mayo de 2020 (en adelante, Reglamento SURE), tomando como base jurídica el artículo 122 TFUE. El SURE tiene una capacidad máxima de asistencia financiera de 100.000 millones de euros. A través del SURE se pretende complementar las medidas nacionales adoptadas para hacer frente al aumento del gasto público derivado de la crisis de la COVID-19, especialmente, para financiar regímenes de reducción del tiempo de trabajo o medidas similares destinadas a proteger a los trabajadores por cuenta propia o ajena (como son los expedientes de regulación temporal de empleo –ERTE– en España) y, de manera accesoria, financiar medidas relacionadas con la salud, en particular en el lugar de trabajo (art. 1 Reglamento SURE). La asistencia del SURE se canaliza a través de préstamos concedidos por la UE a los Estados miembros. Para financiar dichos préstamos la Comisión está facultada, por el Consejo, para contraer empréstitos en los mercados de capitales o con entidades financieras (art. 4 Reglamento SURE) con cargo al presupuesto de la Unión. De este modo, el funcionamiento del SURE se asemeja a figuras como el MEEF, el Mecanismo de ayuda financiera a medio plazo a las balanzas de pagos y el originario mecanismo de asistencia financiera a medio plazo (27). Dada la capacidad de asistencia financiera del SURE, y la cuantía actual del presupuesto de la UE, para que el SURE pudiera estar disponible era necesario complementar la garantía del presupuesto de la Unión con garantías de todos los Estados miembros (garantías irrevocables, incondicionadas y a la vista (28)). El importe garantizado por los Estados debía representar, al menos, el 25 % de la capacidad de asistencia financiera del SURE. La contribución de cada Estado corresponde a su contribución relativa a la renta nacional bruta (RNB) total de la UE (arts. 11 y 12 Reglamento SURE) (29). Sin embargo, el Reglamento SURE atribuye a estas garantías de los Estados un carácter complementario al aval por parte del presupuesto de la Unión, puesto que, en caso de ser necesario, antes de solicitar la ejecución de dichas garantías, la Comisión puede servirse del margen disponible para los créditos de pago dentro del límite máximo de los recursos propios, en la medida que considere que la situación es sostenible, teniendo en cuenta, entre otros elementos, el total de pasivos de la UE. La configuración de las garantías ha sido clave para determinar la incidencia del SURE en el cumplimiento de la estabilidad presupuestaria por parte del conjunto de Estados

(27) *Vid.*, notas al pie núms. 10 y 11.

(28) El pasivo contingente derivado de la asistencia financiera debe ser garantizado por los Estados para ser compatible con el marco financiero plurianual (MFP) y los límites máximos de recursos propios, tal y como precisa el considerando núm. 9 Reglamento SURE.

(29) A nivel nacional el artículo 4 del Real Decreto-ley 19/2020, autoriza el otorgamiento de avales a favor de la Comisión Europea en el marco del Instrumento SURE por importe máximo de 2.252 millones de euros.

miembros (30). El hecho que las garantías solo constituyan el 25 % del total de la asistencia financiera del SURE y que sean complementarias (antes de solicitar su ejecución debe hacerse uso del margen disponible de recursos propios), unido a la escasa probabilidad de que estas acaben materializándose (31), han sido los elementos que han permitido a Eurostat (oficina estadística de la UE) afirmar que estas no inciden en los niveles de déficit y deuda públicos de los Estados miembros garantes, sino que deben contabilizarse como obligaciones contingentes. En conclusión, esta ha sido la estructura seguida para lograr que el primer mecanismo de apoyo financiero introducido durante la crisis de la COVID-19 (el SURE) incida en la menor medida posible en el balance público de los Estados miembros que recurren a él (32) y, a su vez, permite una financiación con menor coste financiero (dada la buena calificación rating de la UE) (33). Sin embargo, esta opción no podía seguirse para configurar el mecanismo central de apoyo a los Estados, debido, como analizaremos en el apartado siguiente, al elevado volumen de la asistencia financiera necesaria y a la naturaleza de subvenciones de parte de las ayudas.

Las características del SURE (canalización de préstamos por la Comisión, con aval conjunto del presupuesto de la UE y los Estados miembros, y sin incidencia en la estabilidad presupuestaria de los Estados garantes), nos conducen a afirmar que es el mecanismo que, con mayor probabilidad, puede mantenerse una vez superada la crisis derivada de la COVID-19, quizás vinculando el acceso al mismo por los Estados a la realización de reformas en el ámbito laboral.

4. LA PIEZA CENTRAL: *EL NEXT GENERATION* (NGEU) Y EL MECANISMO EUROPEO DE RECUPERACIÓN Y RESILIENCIA (MRR)

La propuesta de la Comisión, de 28 de mayo de 2020 (34), establece la creación de un instrumento de recuperación, que finalmente ha sido aprobado por el Reglamento (UE) núm. 2020/2094, de 14 de diciembre de 2020, por el que se establece un Instrumento de Recuperación de la Unión Europea para apoyar la recuperación tras la crisis de la COVID-19 (en adelante, NGEU, por sus siglas en inglés,

(30) Vid. EUROSTAT, *Clarification on the treatment of guarantees provided by member States under the SURE instrument*, Methodological note, Directorate D-Government Finance Statistics (GFS), 11 de septiembre de 2020.

(31) Eurostat traza un paralelismo con los préstamos concedidos a los Estados miembros en el contexto de la crisis financiera de 2008 en el marco de la ayuda financiera a las balanzas de pagos, en los que no se observaron incumplimientos y algunos de los préstamos incluso se reembolsaron antes.

(32) Hasta el momento (marzo 2021), la Comisión ha llevado a cabo cinco emisiones de deuda en el marco del programa SURE, y dieciséis Estados han recibido préstamos por valor de 62.5000 millones de euros. La buena acogida en los mercados de los bonos emitidos por la Comisión en el marco del SURE (la demanda del bono a quince años fue casi diez veces superior a la oferta) constituye, para Johannes Hahn, Comisario de Presupuesto y Administración, «otro signo de confianza de que la captación de fondos para el *NextGenerationEU* también tendrá éxito».

(33) La UE tiene una calificación *rating* de AAA/AAA/Aaa/AA/AAA por DBRS, Fitch, Moody's, S&P y SCOPE.

(34) COMISIÓN, «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. El momento de Europa: reparar los daños y preparar el futuro para la próxima generación», COM(2020) 456 final.

Next Generation EU), y el reforzamiento del MFP (35) 2021-2027 (dotado con 1.074.300 millones de euros (36)). Estas medidas, como detallaremos, distan mucho de las propuestas planteadas por algunos Estados (Países Bajos, Dinamarca, Suecia y Austria) basadas, en esencia, en un sistema de canalización de préstamos (similar al SURE (37)), sin la existencia de deudas mutuas ni subvenciones, que debía ir acompañado de compromisos claros de los Estados que obtenían la financiación respecto a la introducción de reformas a nivel presupuestario (38).

Para poner en funcionamiento el NGEU, el artículo 5.1 de la Decisión 2014/335/UE, Euratom, sobre el sistema de recursos propios de la UE, faculta a la Comisión para contraer empréstitos en nombre de la Unión por un máximo de 750.000 millones de euros (39), de los cuales, un máximo de 360.000 millones de euros de los empréstitos se podrá utilizar para conceder préstamos, mientras que los 390.000 millones de euros restantes se podrán destinar a sufragar gastos (40)). El reembolso de los fondos se iniciará antes de la clausura del MFP para el período 2021-2027, y todos los pasivos contraídos mediante esta facultad, excepcional y temporal, de la Comisión deberán reembolsarse íntegramente a más tardar el 31 de diciembre de 2058 (art. 5.2 Decisión 2014/335/UE) (41). Lógicamente, para poder cubrir estos pasivos es necesario llevar a cabo un aumento extraordinario y temporal de los límites máximos de los recursos propios (art. 6 Decisión 2014/335/UE), y prever ingresos excepcionales con los que hacer frente a dicho incremento (art. 2 Decisión 2014/335/UE). En este punto el objetivo es crear nuevas fuentes de recursos, que permitan reducir el peso que el recurso propio basado en la RNB tiene en el presupuesto de la UE, lo cual constituye uno de los principales retos, debido a las dificultades derivadas de la toma de decisiones por unanimidad en materia tributaria, con la consiguiente posibilidad de veto (42). Para alcanzar el objetivo de incrementar los recursos propios de la UE, la Comisión debe presentar, antes de

(35) Las negociaciones del MFP para el período 2021-2027 se habían iniciado hacía dos años, y se encontraban bastante paralizadas en el momento en que llegó la pandemia. Sobre el contexto previo a la crisis sanitaria, *vid.* CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., «Del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) al nuevo mecanismo de reconstrucción y resiliencia (MRR). ¿Ha sido necesaria una pandemia para reforzar la solidaridad financiera en la Unión Europea?», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 75, julio-septiembre 2020, pp. 33-37.

(36) Aprobado por el Reglamento (UE, EURATOM) 2020/2093 del Consejo, de 17 de diciembre de 2020, por el que se establece el marco financiero plurianual para el período 2021-2027.

(37) Otro instrumento con un funcionamiento similar era la Función Europea de Estabilización de las Inversiones (FEEI), mecanismo propuesto de forma previa a la crisis de la COVID-19, con el objetivo de proporcionar asistencia financiera en forma de préstamos y bonificaciones de intereses para la realización de inversión pública a los Estados que estén experimentando una gran perturbación asimétrica» (art. 1.2 Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al establecimiento de una FEEI, COM(2018) 387 final).

(38) *Vid.* «Non-paper EU support for efficient and sustainable COVID-19 recovery».

(39) La Comisión tiene atribuida esta facultad hasta finales de 2026.

(40) Cifras en precios a 2018, a precios corrientes, la dotación del NGEU asciende a 807.000 millones de euros.

(41) Dado el carácter voluntario de las subvenciones y los préstamos, la Comisión no emitirá «inmediatamente» bonos en los mercados de capitales por valor de 750.000 millones de euros, sino que recaudará fondos gradualmente tomando en consideración los importes solicitados por los Estados y los desembolsos aprobados por el Consejo.

(42) Sobre esta problemática, *vid.* COMISIÓN, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo hacia una toma de decisiones más eficiente y democrática en materia de política fiscal de la UE*, de 15 de enero de 2019, COM(2019) 8 final.

junio de 2021, propuestas sobre un mecanismo de ajuste en frontera de las emisiones de carbono; un impuesto digital y el régimen de comercio de derechos de emisión de la UE; y, antes de junio de 2024, propuestas relativas a un impuesto sobre las transacciones financieras; una contribución financiera vinculada al sector empresarial; y una base imponible común del impuesto sobre sociedades (considerando núm. 8 Decisión 2014/335/UE). La mayor parte de los nuevos ingresos, como puede observarse, tienen una marcada naturaleza extrafiscal, y los fines que a través de ellos se persiguen alcanzar son, en gran medida, coincidentes con los objetivos del NGEU.

El NGEU se integra por siete programas (43), destinados a la recuperación económica y social, así como a aumentar la resiliencia de los Estados miembros en el futuro, mitigando el impacto social y económico de la crisis, y apoyando las transiciones ecológica y digital. El Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia (en adelante, MRR) es el elemento central del NGEU (44), y su objetivo principal es movilizar inversión que actúe como apoyo financiero durante los primeros años de la recuperación. El MRR tiene una dotación de 672.500 millones de euros, de los cuales 312.500 millones de euros serán subvenciones y 360.000 millones préstamos (art. 6 Reglamento MRR). En lo que respecta al apoyo financiero no reembolsable, el 70 % del importe total debe estar comprometido a finales de 2022, y el 30 % restante debe comprometerse en su totalidad a finales de 2023. Respecto a los préstamos, estos pueden solicitarse hasta diciembre de 2023 (45). En la medida en que ninguna cantidad, ni préstamos ni subvenciones, puede ser comprometida más tarde de 2023, uno de los principales retos que implica el NGEU es el corto plazo para la ejecución de sus fondos. Ahora bien, su ejecución es más flexible que la ejecución de los Fondos de cohesión, en tanto en cuanto estos últimos, a diferencia de los del MRR, requieren cofinanciación. Para la obtención de los Fondos del MRR los Estados deben presentar sus correspondientes Planes de Recuperación y Resiliencia (en adelante, PRR), en ellos se detallan los retos y prioridades de cada país (arts. 17 a 21 Reglamento MRR), y se establecen programas de reformas e inversiones acordes con el Semestre europeo. Los PRR serán evaluados por la Comisión y finalmente el Consejo aprobará una decisión de ejecución, en un plazo

(43) Los otros componentes del NGEU son el REACT-UE (47.500 millones de euros); el Horizonte Europa (5.000 millones de euros); InvestEU (5.600 millones de euros); Desarrollo Rural (7.500 millones de euros); Fondos de Transición Justa (10.000 millones de euros); RescEU (1.900 millones de euros).

(44) La Propuesta de Reglamento, de 28 de mayo de 2020, relativa al MRR, finalmente fue aprobada a través del Reglamento (UE) núm. 241/2021, de 12 de febrero, por el que se establece el MRR (en adelante, Reglamento MRR).

(45) España recibirá del MRR 140.000 millones de euros, 72.000 euros en ayudas directas, de los cuales unos 46.000 millones de euros (aproximadamente el 70 %) deberán ser comprometidas por la Comisión entre 2021 y 2022, y deberán ejecutarse antes de finales de 2024. Los 22.900 millones de euros restantes deberán comprometerse por la Comisión entre 2022 y 2023, y deberán ejecutarse antes de finales de 2026 (*vid.* COMMISSION, *Recovery and Resilience Facility-Grants allocation per Member State*). Además, hemos de tener en cuenta que, entre 2021 y 2023, deberán también ejecutarse los 12.400 millones de euros que le han sido asignados del programa REACT-EU.

Finalmente, España también cuenta con la financiación de los diferentes programas del MFP (FEDER 20.886 millones de euros; Fondo Social Europeo 9.896 millones de euros; ETC Cohesión 606 millones de euros), fondos que deberán comprometerse entre 2021-2027, y ejecutarse antes de finales de 2030. *Vid.* COMMISSION, *MFF 2021-2027 Breakdown of Cohesion Policy allocations per Member State*.

de cuatro semanas. Los sucesivos desembolsos de los fondos del MRR irán asociados al cumplimiento de los hitos y objetivos establecidos en el PRR (46). El control del cumplimiento de los PRR se ejercerá en el marco del Semestre europeo. Si la Comisión determina que no se han cumplido de forma satisfactoria los hitos y objetivos establecidos en la decisión de ejecución del PRR, se suspenderá el pago de la totalidad o una parte de la contribución financiera y, en su caso, del préstamo, hasta que el Estado adopte las medidas necesarias para su cumplimiento (art. 20 Reglamento MRR). Como puede verse, el proceso de aprobación y ejecución del MRR refuerza el papel de la Comisión, que debe supervisar el cumplimiento de las distintas fases de los PRR, no obstante, el Consejo sigue siendo clave, en la medida que tiene que aprobar la liberación de los fondos. Se mantiene, por tanto, una tendencia preexistente relativa al reforzamiento de la posición del Consejo, acentuada con la crisis de deuda soberana de 2010 (47), frente a otras instituciones como el Parlamento Europeo.

A su vez, la obtención de los fondos provenientes del MRR está condicionada al cumplimiento de la gobernanza económica (art. 10 Reglamento MRR); en particular, la Comisión puede proponer al Consejo la suspensión de la totalidad, o parte, de los compromisos, o pagos, cuando el Consejo haya determinado que un Estado miembro no ha tomado las medidas efectivas para corregir su déficit excesivo (art. 126, apartados 8 u 11 TFUE y arts. 3.5 y 5.2 Reglamento (CE) núm. 1467/97), o las recomendaciones del Consejo en el marco del procedimiento de desequilibrio macroeconómico (art. 8.3 Reglamento (UE) núm. 1176/2011) (48). A través de la vinculación de la obtención de los fondos a la buena gobernanza económica se refuerza indirectamente el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, mediante el establecimiento de una suerte de nueva tipología de sanciones, como es la suspensión de la obtención de los fondos del MRR, distinta a las clásicas sanciones financieras del PEC (constitución de depósitos sin intereses o multas), cuya sucesiva inaplicación a los Estados incumplidores ha suscitado dudas sobre su credibilidad. Además, la vertiente preventiva del PEC también se refuerza mediante la vinculación de la supervisión de los PRR al control llevado a cabo en el Semestre europeo.

Finalmente, en cuanto al impacto del MRR en el cumplimiento de la disciplina presupuestaria del conjunto de Estados miembros, Eurostat, en su decisión preliminar, de 17 de noviembre de 2020, sobre la clasificación del MRR (49), determina, en primer lugar, que las subvenciones del MRR deben asimilarse a los fondos de

(46) El PRR presentado por España es especialmente detallado, si se compara con otros como el PRR de Francia, conformándose de cuatro ejes (transición ecológica, transformación digital, cohesión social y territorial e igualdad de género), que se desarrollan a través de diez palancas, dentro de las cuales se recogen treinta componentes (*vid.* Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, p. 9). Este nivel de detalle puede propiciar dificultades para alcanzar todos los hitos-objetivos, y ello, a su vez, puede condicionar la obtención de los fondos del MRR.

(47) *Vid.* MANGAS MARTÍN, A., «El nuevo equilibrio institucional en tiempos de excepción», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50, pp. 13-42.

(48) La Comisión no podrá proponer la suspensión de los fondos durante el tiempo en que esté vigente la cláusula de salvaguardia del PEC. Este hecho deja un mayor margen de maniobra a los Estados durante esta primera fase, que es, además, en la que se comprometerán y ejecutarán la mayor parte las ayudas (subvenciones o préstamos).

(49) EUROSTAT, *Methodological note. Draft guidance notes on the statistical recording of the Recovery and Resilience Facility*, Directorate D-Government Finance Statistics (GFS), 17 de noviembre 2020.

la UE que reciben regularmente los Estados miembros y, por tanto, la regla, a nivel de déficit y deuda públicos, es la neutralidad (50). En segundo lugar, en cuanto a la deuda contraída por la Unión, Eurostat señala que en las ocasiones anteriores en las que la Comisión ha contraído deuda (por ejemplo, a través del Mecanismo de ayuda financiera a medio plazo a las balanzas de pagos), esta ha sido considerada deuda de la UE. La novedad del MRR es que la Comisión se endeuda no solo para financiar préstamos, sino también subvenciones y, en este segundo supuesto, no hay ningún flujo de caja futuro prediseñado que garantice la capacidad de reembolsar las obligaciones de la Unión, a menos que se decida, como ha sucedido, ampliar los recursos propios. No obstante, para Eurostat, el hecho que los Estados miembros acuerden destinar recursos futuros adicionales al presupuesto de la UE (en este caso para cubrir los préstamos), no significa necesariamente que la deuda contraída por la UE para financiar subvenciones deba considerarse, a efectos del cumplimiento de la disciplina presupuestaria, deuda de los Estados miembros. Siguiendo el Informe del Servicio Jurídico del Consejo (51), los compromisos de los Estados se califican como garantías de pago, las cuales, en términos de contabilidad nacional, en circunstancias normales, tienen la condición de pasivos contingentes. De este modo, solo los préstamos específicos que la Comisión realice finalmente a cada Estado miembro incrementarán su deuda pública, en el momento en que se proporcionen.

Tras apuntar las características del NGUE, y especialmente del MRR, para finalizar nuestro análisis, debemos plantearnos en qué medida un sistema de apoyo financiero de esta naturaleza y alcance es compatible con el Derecho de la UE; no podemos obviar que esta cuestión fue objeto de un extenso debate tras la creación del MEDE, que concluyó con la sentencia TJUE en el Asunto *Pringle* (52), confirmando la adecuación del TMEDE con el Derecho de la Unión. Cabe destacar que sobre la compatibilidad del MRR con el Derecho de la UE se ha pronunciado el Servicio Jurídico del Consejo (53), no apreciando incompatibilidad. Sin embargo, debemos plantearnos en qué medida la interpretación de las

(50) Entre los factores determinantes de esta clasificación se encuentran: En primer lugar, la vinculación de los desembolsos de los fondos con el cumplimiento de los objetivos e hitos fijados en el PRR, existiendo la posibilidad que se detengan los pagos en caso de incumplimiento de los mismos. En segundo lugar, la ejecución de los fondos del MRR está vinculada a los PRR, cuyos costes totales estimados han sido evaluados por la Comisión, y aprobados por el Consejo. En tercer lugar, los Estados miembros deben informar sobre el progreso de implementación de los PRR, que serán supervisados por la Comisión, en el marco del Semestre europeo, tomando en consideración la propuesta inicialmente aprobada. Por último, el MRR tiene como objetivo principal financiar proyectos de inversión, por lo que, al menos parcialmente, habrá un gasto incurrido que coincidiría con la subvención a fondo perdido de la UE. Estos aspectos diferencian al MRR de una *Cash-Flow Facility* (mecanismo de asistencia financiera temporal a Estados de reciente adhesión a la UE) que tiene la naturaleza de transferencias corrientes en el Marco de la cooperación internacional (SEC-2010 apartados 4.121-4.124).

(51) El Servicio Jurídico del Consejo se pronuncia sobre la compatibilidad del MRR con los artículos 310, 311, 122 y 125.1 TFUE. El texto no se encuentra disponible, referencia: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9062-2020-COR-1/en/pdf>

(52) C-370/12, de 27 de noviembre de 2012, Thomas Pringle contra el Gobierno de Irlanda y otros.

(53) *Vid.* nota al pie núm. 51.

disposiciones de los Tratados se tensa, de nuevo, como sucedió en *Pringle* (54), en aras de respaldar jurídicamente los avances adoptados en el marco de complejas negociaciones políticas en el seno de la Unión (55). El Reglamento que establece el Instrumento de Recuperación tiene como base jurídica el artículo 122 TFUE (56). Respecto a este precepto el TJUE, en *Pringle*, afirmó que atribuye la competencia a la UE de «conceder una ayuda financiera puntual a un Estado miembro en caso de dificultades», pero «no constituye fundamento jurídico apropiado para el establecimiento de un mecanismo de estabilidad como el previsto (...) tanto la naturaleza permanente del mecanismo previsto [MEDE] como el hecho de que sus actividades pretenden preservar la estabilidad financiera en la zona del euro en conjunto no permitirían que tal acción de la Unión se llevara a cabo con fundamento en dicha disposición del Tratado FUE» (apartado 65 *Pringle*). El MRR se ha configurado como un mecanismo extraordinario y, por ende,

(54) Algunos autores han criticado duramente la interpretación del Tribunal en *Pringle*. En este sentido, Beck señala que el TJUE hace uso de criterios interpretativos teleológicos, literales y genéticos que podría servir como «modelo para un enfoque metodológicamente justificado de argumentación judicial», ignorando que la ley debe proporcionar una restricción a la política, y demostrando que prevalecen los intereses de los mercados frente a la independencia judicial. Además, Beck señala que el TJUE no está solo, puesto que el Tribunal Constitucional alemán llevó a cabo una interpretación similar en su pronunciamiento sobre el MEDE dos meses antes (BerfG, 2 BvR 1390/12, de 12 septiembre de 2012). *Vid.* BECK, G., «The Legal Reasoning of the Court of Justice and the Euro Crisis. The Flexibility of the Court's Cumulative Approach and the Pringle Case», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, núm. 20, 2013, pp. 635-648 (en particular, p. 637 y 648).

(55) Craig afirmó que el Tribunal, en *Pringle*, lleva a cabo una interpretación teológica de las disposiciones del Tratado (*vid.* CRAIG, P., «Pringle: Legal Reasoning, Text, Purpose and Teleology», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, núm. 20, 2013, pp. 9-11. En esta línea argumentativa, TUORI, apunta la existencia de un doble *telos* (propósito), el *telos* del artículo 125 TFUE, que pretende evitar el riesgo moral de los Estados, incidiendo en el hecho que la responsabilidad fiscal recae sobre el propio Estado. Sin embargo, este *telos* debe entenderse sujeto a un «*telos* de segundo orden», como es la amenaza de la supervivencia del euro. TUORI, K., «The European Financial Crisis. Constitutional Aspects and Implications», *EU Law Working Papers*, núm. 28, 2012, pp. 22 a 25, en particular, p. 24. Este *telos* de segundo orden es coincidente con el «estado de excepción» que vivió la zona euro durante la crisis de 2020 al que hace referencia MANGAS MARTÍN (*vid.* MANGAS MARTÍN, A., «El nuevo...», *cit.*, p. 40); y que podemos entender que se ha vuelto a producir con la crisis de la COVID-19.

(56) Las dudas que a continuación planteamos podrían haberse solventado mediante la aplicación del artículo 352.1 TFUE que establece la cláusula de flexibilidad. Esta cláusula ya fue utilizada para crear el originario Mecanismo de ayuda financiera a medio plazo a las balanzas de pago. Respecto a la aplicación de la cláusula de flexibilidad el TJUE, en el Asunto *Pringle*, precisó que «esa disposición [art. 352 TFUE] no le impone [a la Unión] ninguna obligación de actuar» y de hecho «la Unión no ha ejercido su competencia en virtud de ese artículo» (apartado 67). Por tanto, tomando en consideración la unanimidad en el Consejo que requiere el artículo 352 TFUE y la interpretación restrictiva del artículo 352 TFUE llevada a cabo en la práctica por el TJUE, que considera que la utilización de este artículo como base jurídica de un acto debe producirse solo si ninguna otra disposición del Tratado confiere a las Instituciones comunitarias la competencia necesaria para adoptar dicho acto (C-295/90, Parlamento v. Consejo, ECRI-4193; Opinión 2/94, *Accession of the Community to the European Human Rights Convention*), era complejo utilizar el artículo 352.1 TFUE como base jurídica para la constitución del MRR. Sobre el artículo 352 TFUE en relación con el MEDE, *vid.* Editorial Comment: The Greek sovereign debt tragedy: ¿approaching the final act? *Common Market Law Review*, vol. 48, núm. 6, 2011, p. 1775; ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «De cómo enfrentarse a la crisis financiera superando obstáculos constitucionales europeos: la sentencia Pringle», *Revista General de Derecho europeo*, núm. 29, 2013, p. 12.

temporal, si bien es de larga duración, al menos hasta el 2058 (57). No obstante, tomando en consideración lo establecido en *Pringel*, mayores dudas plantea el alcance del MRR, cuya actuación abarca al conjunto de Estados miembros. Ahora bien, en este punto puede entenderse que el MRR no se configura como una mutualización de la deuda de uno o varios países con problemas de financiación para evitar su quiebra, sino como deudas mutuas contraídas conjuntamente desde el principio, en beneficio de un proyecto específico (58) y (59). Este argumento, a su vez, puede ser útil para afirmar la adecuación del MRR al artículo 125 TFUE (cláusula de no *bailout*). Respecto a este último precepto, en todo caso, el Tribunal de Justicia ya afirmó en *Pringel*, que no constituye una prohibición a la Unión y a los Estados de la concesión de toda forma de asistencia financiera a otro Estado miembro, en la medida en que el propio artículo 122.2 TFUE prevé la posibilidad de una ayuda puntual de la Unión a un Estado miembro en caso de dificultades, o riesgo de las mismas, generadas por catástrofes naturales o acontecimientos excepcionales (*Pringel*, apartado 131). Además, para el Tribunal, el artículo 122 TFUE no se configura como una excepción al artículo 125 TFUE, puesto que de ser así tendría que haberse indicado. Estamos, por tanto, ante dos preceptos que actúan como contrapesos, para garantizar la estabilidad, en la medida en que las potenciales fórmulas de ayuda financiera (del art. 122 TFUE) deberán ser compatibles con el objetivo del artículo 125 TFUE, que no es otro que asegurar que los Estados miembros observan una política presupuestaria sana (*Pringel*, apartados 133-135) (60).

A pesar de que pueda entenderse que a través del MRR no se mutualizan deudas, es claro que existe una responsabilidad conjunta (garantías de pago) de

(57) Ya existían dudas sobre la adecuación de fundamentar el MEEF en el artículo 122.2 del TFUE, en la medida que no se le dotó de carácter temporal. No obstante, el recurso de anulación contra el Reglamento 407/2010, que creaba el MEEF, fue juzgado inadmisibile por el Tribunal de Justicia (ord. 15 de junio de 2011, Ax/Conseil, Asunto T-259-10). Vid. MARTUCCI, F., «Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance, traité instituant le mécanisme européen de stabilité. Le droit international public au secours de l'UEM», *Revue des affaires européennes*, núm. 4, 2012, pp. 726.

(58) Para GOLDMANN, este factor constituye una diferencia clara entre los «coronabonos» y los «eurobonos» que no llegaron a introducirse en la crisis de deuda soberana de 2010. Vid. GOLDMANN, M., *A proposal by a Group of European Lawyers*, 5 de abril de 2020. (Precisar que en este trabajo GOLDMANN se está pronunciando sobre las características que deberían tener los coronabonos.) RUTHARDT precisa que esta concepción de los coronabonos, vinculándolos a un proyecto común, lleva aparejada la tendencia hacia un aumento del presupuesto de la Comisión para tener un mayor margen de manobra en cuanto a la financiación de los programas de recuperación económica. Vid. RUTHARDT, M., «Quelques réflexions autour des coronabonds et leurs enjeux juridiques», *Revue de l'Union Européenne*, pp. 345.

(59) La consecución de un proyecto común a través del MRR se ha afirmado desde el principio, comparándolo en numerosas ocasiones con el «Plan Marshall». En este sentido se pronunció Ursula von der Leyen, presidenta de la Comisión, el 16 de abril de 2020. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/mex_20_677. Esta idea se confirma por Eurostat, cuando afirma que, puede entenderse que la iniciativa de recaudar fondos proviene de la Comisión y que el MRR se configura como la respuesta de la Comisión a la crisis de la COVID-19, debiendo evaluar ella si finalmente el importe debe desembolsarse a un Estado miembro o si, por el contrario, un pago debe suspenderse o cancelarse. EUROSTAT, *Methodological note (...)*, cit., p. 6.

(60) Sobre la interacción conjunta de los artículos 122 y 125 TFUE, entre otros, vid. LOUIS, J., «Guest Editorial: the no bailout clause and rescue packages», *Common Market Law Review*, núm. 47, pp. 971-986, en particular, pp. 983 y 984.

los Estados respecto de la deuda contraída por la Unión para la ejecución del proyecto común. Por ello, es necesario configurar un sistema de control que evite que la existencia del MRR desincentive el cumplimiento de políticas fiscales sólidas por parte de los Estados (61). En el caso del MEDE, para garantizar este objetivo, la obtención de apoyo financiero estaba ligada a una estricta «condicionalidad» (62), materializada a través de severos programas de ajuste macroeconómico (63). Además, los sucesivos desembolsos de ayuda financiera estaban condicionados al cumplimiento del programa de ajuste (64). Por último, las condiciones impuestas por el MEDE a los Estados beneficiarios de asistencia financiera debían compatibilizarse con las recomendaciones del Consejo en el marco del artículo 126 TFUE (art. 13.3 TMEDE). Por el contrario, en el MRR, en tanto en cuanto se ha abandonado la utilización de instrumentos normativos convencionales al margen del Derecho de la UE, todo el sistema de control y cumplimiento se lleva a cabo en el marco del Derecho de la UE, en concreto del PEC, opción que no solo es más sencilla y transparente (65), sino que genera sinergias entre ambos conjuntos normativos, de apoyo financiero y de control de la gobernanza económica y disciplina presupuestaria, reforzándolos mutuamente.

(61) Estos fueron igualmente los argumentos apuntados por el TJUE para afirmar la compatibilidad del MEDE con el artículo 125 TFUE (Asunto *Pringle* apartados 133-137).

(62) Para Craig entender que la condicionalidad es determinante para la adecuación del mecanismo de apoyo al artículo 125 TFUE es cuestionable, en la medida en que, si no existiera la opción de rescate, las restricciones a las que se enfrentaría el Estado (al no poder acceder a la financiación en los mercados) serían aun más duras, así lo manifestó respecto del MEDE. *VID. CRAIG, P., «Pringle: Legal Reasoning, Text, Purpose and Teleology», Maastricht Journal of European and Comparative Law*, núm. 20, 2013, pp. 8 y 9.

(63) El Banco Central Europeo apuntó que el establecimiento de un duro programa de ajuste macroeconómico y de recargos elevados en los tipos de interés en los préstamos del MEDE, constituyen aspectos imprescindibles para limitar el «riesgo moral implícito» de la existencia de un mecanismo de gestión de crisis. BANCO CENTRAL EUROPEO, «El Mecanismo Europeo de Estabilidad», *Boletín Mensual*, julio 2011, p. 80.

(64) De este modo, el proceso de evaluación y de concesión de crédito se configuraba de forma muy similar al seguido tradicionalmente por el FMI.

(65) La adopción de instrumentos normativos convencionales para superar la crisis de deuda soberana vivida en la zona euro en 2010 supuso la introducción de un nuevo nivel de complejidad, y dificultad de la transparencia, especialmente porque se producen supuestos de duplicidad, e incluso triplicidad, de obligaciones para el Estado miembro en riesgo (como son las obligaciones derivadas de la condicionalidad de los Programas de apoyo financiero, de las decisiones adoptadas en el marco del PEC –reforzado tras el *Six Pack* y *Two Pack*–, y del TECG). Además, estas obligaciones pueden percibirse como un menoscabo de la competencia del Estado miembro con problemas de financiación sobre sus políticas económicas, en la medida en que muchas de las decisiones se adoptan en aras de obtener el apoyo financiero necesario, y no tanto fruto de la voluntariedad de su legislador nacional. Como Craig señala respecto del TECG (si bien es aplicable también al TMEDE), antes de su aprobación ya existían «tres niveles de reglas legales relativas al control de la política económica nacional: disposiciones del Tratado de Lisboa, legislación de la UE y orientaciones generales de política económica. Estas normas eran complejas y creaban dificultades en términos de transparencia, porque se encontraban dispersas en disposiciones del Tratado, compleja normativa EU y un elevado nivel de *soft law*» CRAIG, P., «The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principle, Politics and Pragmatism», *European Law Review*, núm. 3, 2012, pp. 241-248, p. 240.

III. BIBLIOGRAFÍA

- BANCO CENTRAL EUROPEO, «El Mecanismo Europeo de Estabilidad», *Boletín Mensual*, julio 2011, pp. 80.
- CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., «Del Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) al nuevo mecanismo de reconstrucción y resiliencia (MRR). ¿Ha sido necesaria una pandemia para reforzar la solidaridad financiera en la Unión Europea?», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 75, julio-septiembre 2020, pp. 33-37.
- CASANOVA DOMENECH, M., y MILLET SOLER, M., «El Fondo Monetario Europeo como sustituto del Fondo Monetario Internacional: constatación jurídica y causas», en Olesti Rayo, A. (Dir.), *La profundización de la Unión Económica y Monetaria*, Marcial Pons, pp. 151-168.
- CRAIG, P., y MARKAKIS, M., «Gauweiler and the Legality of Outright Monetary Transactions», *Oxford Legal Studies Research Paper*, núm. 5, 41, 2016, pp. 1-41.
- CRAIG, P., «Pringel: Legal Reasoning, Text, Purpose and Teleology», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, núm. 20, 2013, pp. 8 y 9.
- «The Stability, Coordination and Governance Treaty: Principle, Politics and Pragmatism», *European Law Review*, núm. 3, 2012, pp. 241-248, p. 240.
- EUROSTAT, *Clarification on the treatment of guarantees provided by member States under the SURE instrument*, Methodological note, Directorate D. Government Finance Statistics (GFS), 11 de septiembre de 2020.
- *Methodological note. Draft guidance note on the statistical recording of the Recovery and Resilience Facility*, Directorate D. Government Finance Statistics (GFS), 17 de noviembre 2020.
- «Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA 2010», 2019, pp. 74 y 75.
- GALETTA, D.-U. y ZILLER, J., «¿Karlsruhe Über Alles? La insoportable pesadez del juez constitucional alemán (sobre la Sentencia del Zweiter Senat del Tribunal Constitucional Federal alemán del 5 de mayo de 2020 relativa al programa PSPP del Banco Central Europeo)», *Revista Española de Derecho Europeo*, núms. 73-74, enero-junio 2020, pp. 179-212.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «La cuestión prejudicial del Tribunal Constitucional alemán sobre la decisión OMT», *Revista española de derecho europeo*, núm. 51, 2014, pp. 119-163.
- GREGORIO MERINO, A., «Legal developments in the economic and monetary Union during the debt crisis: the mechanisms of financial assistance», *Common Market Law Review*, núm. 49, 2012, pp. 1619.
- HOFMANN, H. C. H., «Controlling the Power of the ECB: Delegation, Discretion, Reasoning and Care: What Gauweiller, Weiss and Other Can Teach Us», *ADEMU Working Paper Series*, 2018/107, abril 2018, pp. 1-29.
- «Gauweiler and OMT: Lessons for EU Public Law and the European Economic and Monetary Union», *SSRN Papers*, 19 de junio de 2015, pp. 1-22.
- LOUIS, J., «Guest Editorial: the no bailout clause and rescue packages», *Common Market Law Review*, núm. 47, pp. 971-986.
- MANGAS MARTÍN, A., «El nuevo equilibrio institucional en tiempos de excepción», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 50, pp. 13-42.
- «El Tribunal Constitucional alemán y su fuego amigo sobre el Tribunal de Justicia de la UE y el BCE», *Estudios Internacionales y Estratégicos*, Real Instituto Elcano, 2020.

- OJEDA RUIZ, A., «Monetización del déficit público y compra de deuda soberana por el BCE/SEBC (A propósito de la jurisprudencia Pringle-Gauweiler-Weiss del TJUE)», *InDret*, núm. 3, 2020, pp. 358-405.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «De cómo enfrentarse a la crisis financiera superando obstáculos constitucionales europeos: la sentencia Pringle», *Revista General de Derecho europeo*, núm. 29, 2013, pp. 12.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, D., «La sentencia Gauweiler (C-62/14) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre el programa de compra de deuda pública del Banco Central Europeo», *Revista española de derecho europeo*, núm. 57, 2016, pp. 63-74.

LAS IMPLICACIONES DE LOS CONFINAMIENTOS DOMICILIARIOS DURANTE LA PANDEMIA EN LOS CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN

Domingo Jesús JIMÉNEZ-VALLADOLID DE L'HOTELLERIE-FALLOIS*

Resumen

Este trabajo analiza las consecuencias de los confinamientos y restricciones de movimientos adoptados en respuesta a la pandemia de la COVID-19 en el reparto de los derechos de imposición en los convenios de doble imposición basados en el Modelo elaborado por la OCDE. Con este objetivo, se analiza la posición adoptada por el Secretariado General de la OCDE y se plantea la incidencia que deberían tener determinados elementos subjetivos en el reparto de los derechos de imposición.

Palabras clave

Convenios de doble imposición, OCDE, confinamientos.

Abstract

This paper analyses the consequences for the allocation of taxing rights in tax treaties based on the OECD model tax convention of confinements and travel restrictions adopted in response to the COVID-19 pandemic. With this purpose, the position of the General Secretariat of the OECD is analysed and the relevance of subjective elements in the allocation of taxing rights is questioned.

Keywords

Tax treaties, OECD, confinements.

* Profesor Contratado Doctor de Derecho Financiero y Tributario. Universidad Autónoma de Madrid.

SUMARIO: I. Introducción. II. La permanencia como criterio para el reparto de los derechos de imposición en el MCOCDE. 1. Permanencia y residencia en el MCOCDE. 2. Permanencia y EP. 3. Permanencia y reparto de los derechos de imposición sobre las rentas del trabajo. 3. Aspectos relativos a la tributación de las rentas del trabajo. III. Confinamientos y permanencia en el MCOCDE. La respuesta del SGOCDE. 1. Aspectos relativos a la residencia en los CDIS. 2. Aspectos relativos a los establecimientos permanentes. 3. Aspectos relativos a la tributación de las rentas del trabajo. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

ADemás de las consecuencias que ha tenido la pandemia creada por el coronavirus SARS-CoV-2 desde una perspectiva sanitaria, una de las implicaciones sociales más importantes ha sido la adopción generalizada de medidas destinadas a confinar a los ciudadanos o a limitar su movilidad como mecanismo para prevenir el contagio y propagación del virus. Como consecuencia de estas medidas, una gran parte de la población mundial visto limitada o excluida la posibilidad de desplazarse a sus lugares de trabajo o a sus propias residencias habituales durante un prolongado periodo de tiempo.

Esta permanencia obligada derivada de los confinamientos ha tenido especial relevancia en el caso de personas que desarrollan actividades con implicaciones en varios Estados, ya que su actividad normal se ve limitada por la obligación de permanecer en un determinado territorio. Uno de los ámbitos en que estos confinamientos han tenido relevancia es el de los convenios de doble imposición (CDIs), ya que la permanencia en un territorio es, en algunos supuestos, un criterio relevante para distribuir los derechos de imposición entre los Estados contratantes en relación con distintos tipos de rentas. Por ello, la adopción de confinamientos domiciliarios por los distintos Estados, a priori, puede tener relevancia a la hora de distribuir los derechos de imposición entre los Estados, al determinar una permanencia obligada en el territorio de un Estado.

Estas potenciales implicaciones de los confinamientos en el reparto de derechos de imposición previsto en los CDIs han sido tenidas en cuenta por el Secretariado General de la OCDE (SGOCDE), que ha elaborado una guía para la aplicación de los CDIs basados en el Modelo de CDI elaborado por la OCDE (MCOCDE) (1) en el marco de las restricciones de movilidad adoptadas por la cri-

(1) La última versión del MCOCDE es la aprobada por el Consejo de la OCDE el 21 de noviembre de 2017. Salvo que se indique lo contrario, todas las referencias al MCOCDE deben entenderse realizadas a su versión de 2017. El texto de los comentarios que he empleado en este trabajo es el incluido en la traducción no oficial del MCOCDE de 2017 que ha elaborado M. T. Brea Alonso para el Instituto de Estudios Fiscales mediante acuerdo con la OCDE (Instituto de Estudios Fiscales, *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio. Versión abreviada. 21 de noviembre de 2017*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2019).

sis de la COVID-19 (2). Sin perjuicio de que el valor interpretativo de esta guía es cuestionable (3), la opinión expresada por el SGOCDE en relación con las implicaciones de los confinamientos en la aplicación de los CDIs trata de evitar que estas medidas tengan efectos relevantes en el reparto de los derechos de imposición previos a la pandemia. Para ello, el SGOCDE apuesta por tener en cuenta determinados elementos subjetivos que, en algunos casos, se habían ido incorporando a los Comentarios al MCOCDE (CMCOCDE) en sus últimas modificaciones.

En este trabajo primero expondré los supuestos en que la permanencia en un territorio es relevante a efectos del reparto de los derechos de imposición en un CDI de acuerdo con lo previsto en el MCOCDE. En segundo lugar, expondré la opinión del SGOCDE en relación con las implicaciones de los confinamientos restricciones a la movilidad en los CDIs. Por último, expondré mis conclusiones y críticas a la posición expresada por el SGOCDE.

II. LA PERMANENCIA COMO CRITERIO PARA EL REPARTO DE LOS DERECHOS DE IMPOSICIÓN EN EL MCOCDE

Aunque el MCOCDE y sus comentarios son técnicamente una recomendación de la OCDE para que sus Estados miembros lo empleen como base para la negociación de los CDIs con otros Estados (4), es indudable su relevancia a nivel mun-

(2) SGOCDE, *Updated guidance on tax treaties and the impact of the COVID-19 pandemic (21 de enero de 2021)*, OCDE, 2021. Como señalaré luego, esta es una versión actualizada de una guía previa publicada por el SGOCDE en abril de 2020. Todas las referencias a la guía deben entenderse realizadas a esta última actualización. Debe notarse que la guía únicamente se refiere a las previsiones contenidas en el MCOCDE, sin atender a otro tipo de cláusulas presentes en otros modelos de CDI o alternativas a las contenidas en el MCOCDE, como pone de relieve Báez Moreno (*vid.* BÁEZ MORENO, A., «Unnecessary and Yet Harmful: Some Critical Remarks to the OECD Note on the Impact of the COVID-19 Crisis on Tax Treaties», *Intertax*, vol. 48, núm. 8/9, 2020, p. 817), ni a otros aspectos relevantes en el ámbito de la fiscalidad internacional como pueden ser los cambios en funciones en la cadena de producción. *Vid.* CALDERÓN CARRERO, J. M., «COVID-19 y fiscalidad internacional. Las primeras recomendaciones de la OCDE». *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, núm. 446, 2020, pp. 14-15.

(3) De acuerdo con la guía, la responsabilidad sobre las opiniones y razonamientos incluidos en este documento es únicamente imputable al propio Secretariado General, sin que tenga que reflejar la posición oficial de los Estados miembros de la OCDE. El objetivo de la guía es el de dotar de mayor seguridad jurídica a los contribuyentes a través de reflejar el enfoque general de los Estados miembros y las medidas que se han adoptado en algunos países. Sin perjuicio de ello, el propio Secretariado General afirma que la guía solo refleja su postura, sin vincular a los Estados miembros. Además, el ámbito de aplicación de la guía se encuentra limitado a las medidas adoptadas durante la crisis de la COVID-19. *Vid.* SGOCDE, *Updated guidance...*, cit. *supra* n. 2, párrafos 3-5. Sin perjuicio de ello, Calderón plantea que «la mayor parte de la guía interpretativa elaborada por el Secretariado General fundamenta su argumentación en los propios Comentarios al MC OCDE; en este sentido, podría razonarse que aquella parte de la guía interpretativa que se fundamente en los referidos comentarios al MC OCDE posee el mismo valor que estos (*Soft-law*), siempre y cuando los CDI que sean objeto de interpretación sigan el MC OCDE y los Estados contratantes no hayan introducido observaciones a los mismos». *Vid.* CALDERÓN CARRERO, J. M., «COVID-19 y fiscalidad internacional...», cit. *supra* núm. 2, p. 5.

(4) *Vid.*, artículos V y VI de la Convención de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos de 14 de diciembre de 1960 y la Recomendación del Consejo de la OCDE relativa al Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de 23 de octubre de 1997

dial (5). El principal objetivo del MCOCDE tradicionalmente ha sido la eliminación de la doble imposición internacional que surge en situaciones transfronterizas. Este objetivo se consigue a través de la identificación de uno de los Estados contratantes como Estado de la residencia y del otro Estado contratante como Estado de la fuente o procedencia de las rentas (6). Mientras que el Estado de la residencia tendrá derecho a gravar la renta obtenida por sus residentes a nivel mundial, el Estado de la fuente únicamente podrá gravar la renta de los no residentes en tanto se considere obtenida dentro de su territorio (7).

Sin perjuicio de que cada Estado es libre de establecer los criterios para identificar qué rentas considera producidas en su territorio (8), el MCOCDE elimina o mitiga el solapamiento de gravámenes entre el Estado de residencia y el Estado de la fuente de modo principal a través de la limitación a los derechos de imposición del Estado de la fuente, en línea con el principio de neutralidad en la exportación de capitales (9). Así, el MCOCDE excluye determinadas rentas del gravamen del Estado de la fuente, en cuyo caso únicamente podrán ser gravadas por el Estado de la residencia, o permite que el Estado de la fuente mantenga sus derechos de imposición, aunque sea de forma limitada en algunos casos, obligando al Estado de la residencia a eliminar la doble imposición resultante.

Aunque no existe consistencia en los criterios que emplea el MCOCDE para repartir los derechos de imposición sobre los distintos tipos de rentas (10), uno de los elementos que se tiene en cuenta a la hora de repartir los derechos de imposición es el grado de permanencia en un territorio. A estos efectos, la permanencia es uno de los indicadores de la implicación de una persona en la vida económica de un determinado Estado que se tienen en cuenta en este ámbito (11). Fuera del ámbito de los CDIs, la permanencia en un territorio es uno de los criterios habituales para determinar la residencia en los ordenamientos de la mayor parte de los Esta-

(OECD, *Recommendation of the Council concerning the Model Tax Convention on Income and on Capital*, OECD/LEGAL/0292).

(5) *Vid.*, a modo de ejemplo, BENNETT, M. C., «The 50th Anniversary of the OECD Model Tax Convention», *World Commerce Review*, vol. 2, núm. 2, 2008, *online* (última visita: 20 de abril de 2021), que hace más de una década afirmaba que el número de CDIs basados en el MCOCDE era superior a 3.000.

(6) *Vid.*, VANN, R., «International Aspects of Income Tax», en Thuronyi, V. (ed.), *Tax Law Design and Drafting*, vol. 2, International Monetary Fund, Washington, 1998, p. 732.

(7) *Ibid.* pp. 721-722.

(8) *Vid.*, por ejemplo, AVI-YONAH, R. «International Tax Law as International Law», *Tax Law Review*, vol. 57, núm. 4, 2004, pp. 490-491, señalando las dificultades que genera la aplicación del principio de territorialidad en el ámbito tributario como consecuencia de las complejidades inherentes a la determinación del lugar de producción de las distintas fuentes de renta.

(9) MCOCDE, Introducción, párrafo 19. El principio de neutralidad en la exportación de capitales se puede definir como la neutralidad fiscal en el país exportador de capital en relación con el tratamiento de las rentas de fuente interna y extranjeras. *Vid.* SATO, M., y BIRD, R. M., «International Aspects of the Taxation of Corporations and Shareholders», *International Monetary Fund Staff Papers*, vol. 2, núm. 22, 1975, p. 408.

(10) *Vid.* AVI-YONAH, R., «International Tax Law as International Law», cit. *supra* n. 8, pp. 490-491.

(11) Un buen ejemplo de este enfoque lo constituyen los criterios de reparto de los derechos de imposición sobre las rentas derivadas del trabajo por cuenta ajena que excluyen el gravamen de los trabajadores no residentes cuyos empleadores no sean residentes o tengan un establecimiento permanente en el Estado de actividad a menos que pasen más de 183 días en el territorio de ese Estado. *Vid.* artículo 15.2.a) del MCOCDE.

dos, ya que una prolongada permanencia en el territorio de un Estado suele ser indicativa de la intensidad que tiene la participación de una persona en la vida económica de ese territorio y su aprovechamiento de servicios públicos (12).

En el ámbito del MCOCDE, y siguiendo el análisis del SGOCDE en la guía que analizaré posteriormente, la permanencia es empleada como criterio para el reparto de los derechos de imposición en tres ámbitos: la determinación de la residencia de personas físicas y jurídicas a efectos del MCOCDE; la determinación de si existe un establecimiento permanente (EP), y las implicaciones para el reparto de los derechos de imposición sobre las rentas del trabajo dependiente de acuerdo con el artículo 15 del MCOCDE

1. PERMANENCIA Y RESIDENCIA EN EL MCOCDE

La residencia es un concepto central en la imposición sobre la renta al representar el nivel máximo de vinculación económica de una persona con un territorio, siendo así que justifica el gravamen de la renta obtenida por esa persona a nivel mundial por el Estado de la residencia (13). La determinación de la residencia de una persona física o jurídica no la realiza el MCOCDE, sino que es un aspecto que cada Estado regula a través de su normativa interna (14). El MCOCDE en su artículo 4 establece qué criterios para determinar la residencia previstos en la normativa interna pueden ser tenidos en cuenta a efectos de beneficiarse de la aplicación del CDI y los criterios para resolver los supuestos en que ambos Estados consideren a una misma persona residente en su territorio (15). Es en relación con este último aspecto donde la permanencia en un territorio tiene implicaciones en la aplicación de los CDIs.

En el caso de las personas jurídicas, en aquellos casos en que sean consideradas residentes por ambos Estados contratantes, el MCOCDE en su versión actual se remite al acuerdo entre las administraciones de los Estados contratantes para resolver la situación de doble residencia. Este acuerdo se fundamentará en criterios como la sede de dirección efectiva, el lugar de constitución o en otros factores pertinentes (16). Frente a ello, en las versiones de 2014 y anteriores, y, por lo tanto, en la mayor parte de CDIs, se establecía como criterio de desempate único el de la

(12) *Vid.*, VANN, R., «International Aspects of Income Tax», cit. *supra* n. 6, p. 729.

(13) *Ibid.*

(14) *Vid.*, CMCOE, artículo 4, párrafo 4.

(15) Los conflictos de doble residencia se regulan en el párrafo 2 del artículo 4 del MCOCDE, en el caso de personas físicas, y en el apartado 3, en el caso de personas jurídicas.

(16) La versión actual del artículo 4.3 del MCOCDE establece que: «[c]uando, en virtud de las disposiciones del apartado 1, una persona que no sea una persona física sea residente de ambos Estados contratantes, las autoridades competentes de los Estados contratantes harán lo posible por determinar mediante acuerdo amistoso, el Estado contratante del que deba considerarse residente a dicha persona a los efectos del Convenio, teniendo en cuenta su sede de dirección efectiva, su lugar de constitución o de creación por otros procedimientos, así como cualquier otro factor pertinente. En ausencia de tal acuerdo, esa persona no podrá acogerse a las reducciones o exenciones fiscales previstas en este convenio, salvo en la forma y medida que puedan acordar las autoridades competentes de los Estados contratantes».

sede de dirección efectiva (17). Los CMCOEDE de 2014 establecían que deberían tenerse en cuenta varios factores para determinar dónde se encuentra la sede de dirección efectiva como son: «dónde se celebran habitualmente las reuniones de su consejo, de administración u órgano similar, desde donde realizan habitualmente sus funciones el consejero delegado y los altos ejecutivos, desde donde se realiza la alta gestión cotidiana», entre otras (18). Estos mismos factores se tienen en cuenta para el acuerdo entre Estados en el marco de la versión actual del MCOEDE de acuerdo con los CMCOEDE 2017 (19).

En segundo lugar, en relación con las personas físicas, el MCOEDE establece que, si una persona física es considerada residente por los dos Estados firmantes del CDI, esta situación se solucionará a través de la aplicación de los criterios de desempate (*tie-breaker rules*). Estas reglas de desempate resuelven la situación de doble residencia a favor del (1) Estado donde el contribuyente tenga una vivienda a su disposición con carácter permanente; (2) en el caso de que tenga vivienda a su disposición con carácter permanente en ambos Estados, la situación se resolverá a favor del Estado donde se encuentre el centro de intereses vitales, entendido como el Estado con el que el contribuyente tiene sus relaciones personales y económicas más estrechas; (3) en el caso en que no se pueda determinar el centro de intereses vitales del contribuyente o cuando no tenga vivienda a su disposición con carácter permanente en su territorio, se atiende al Estado donde se viva habitualmente. En el caso de que las anteriores reglas no resolvieran la situación, el criterio relevante será la nacionalidad del contribuyente y, si con ella no logra resolverse la situación por ser nacional de ambos Estados o no ser nacional de ninguno de ellos, se acude al acuerdo entre Estados (20).

2. PERMANENCIA Y EP

La figura del EP es uno de los nexos más importantes en el MCOEDE. Se trata del umbral mínimo de presencia que las actividades empresariales han de tener en el Estado de la fuente para que este Estado pueda gravar los beneficios procedentes del desempeño de esta actividad (21). En los casos en que una empresa residente en el otro Estado opera en el Estado de la fuente a través de un EP, este Estado tendrá derecho a gravar los beneficios empresariales que se atribuyan al EP (22). Sin per-

(17) La versión de 2014 del artículo 4.3 del MCOEDE establecía que: «Cuando, en virtud de las disposiciones del apartado 1, una persona que no sea una persona física sea residente de ambos Estados contratantes, se considerará residente solamente del Estado donde se encuentre su sede de dirección efectiva». La sede de dirección efectiva se definía en los CMCOEDE desde su versión de 2008 hasta la versión de 2014 como «el lugar donde se toman de hecho las decisiones comerciales clave y las decisiones de gestión necesarias para llevar a cabo el conjunto de las actividades empresariales o profesionales de la entidad» (CMCOEDE 2014, art. 4, párrafo 24).

(18) CMCOEDE 2014, artículo 4, párrafo 24.1.

(19) CMCOEDE, artículo 4, párrafo 24.1.

(20) *Vid.*, artículo 4.2 del MCOEDE.

(21) *Vid.* VANN, R., «International Aspects of Income Tax», cit. *supra* n. 6, p. 738.

(22) De acuerdo con el artículo 7 del MCOEDE: «[l]os beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, los beneficios imputables al establecimiento permanen-

juicio de ello, el reparto de los derechos de imposición sobre otras clases de rentas también se ve afectado por la existencia de un EP (23).

El artículo 5 del MCOCDE contiene la definición de EP estableciendo una definición general que se completa con dos supuestos adicionales. La definición general considera EP a un lugar fijo de negocios a disposición de la empresa no residente a través del cual realiza todo o parte de sus actividades (24). Uno de los requisitos para afirmar la existencia de un EP es, por tanto, la fijeza. Este requisito tiene tanto una vertiente espacial o geográfica, como temporal, que se manifiesta en el requisito de que el lugar de negocios se encuentra a disposición de la empresa no residente durante un intervalo de tiempo suficientemente prolongado para que la presencia sea relevante (25). Como regla general esa presencia ha de ser superior a los seis meses, sin perjuicio de que pudiera considerarse una presencia por un periodo inferior en función de determinadas circunstancias como puede ser la recurrencia o el cierre completo del ciclo productivo en ese periodo (26).

Junto a la definición general, el artículo 5 del MCOCDE contiene dos supuestos de EP en que no concurren los requisitos anteriores. Se trata del EP que se genera a través de las obras y proyectos de construcción o de instalación y del EP de agencia. En el primero de los casos, el MCOCDE no requiere que la obra se realice desde un lugar fijo desde la perspectiva geográfica, sino que establece un umbral temporal para entender que las obras y proyectos pueden dar lugar a un EP (27). Este umbral, en el MCOCDE, es de 12 meses, de modo que, al superarse este lapso temporal, existirá un EP. En los CMOCDE, se señala que este plazo se computa desde que se inician los trabajos preparatorios en el país donde se va a realizar la construcción, incluyendo también los periodos de interrupción temporal de las actividades, ya sean derivadas de aspectos estacionales o meteorológicos o por motivos técnicos (28). Por otro lado, en relación con el EP de agencia, el MCOCDE establece que se considera que una empresa no residente opera a través de un EP cuando actúa en el otro Estado a través de determinados intermedia-

te (...) pueden someterse a imposición en ese otro Estado»«. Se trata por tanto de una cláusula general por la cual los beneficios empresariales tributan exclusivamente en el Estado de residencia de la empresa no residente salvo cuando se consideren obtenidos a través de un EP, caso en el que los beneficios tributarán conforme a una cláusula de tributación compartida ilimitada.

(23) La relevancia del EP como punto de conexión en el MCOCDE se extiende más allá de la distribución de la competencia para gravar las rentas empresariales, determinando la tributación en el Estado de la fuente de los dividendos (art. 10.5), intereses (art. 11.5), cánones (art. 12.3), ganancias de capital (13.2) u otras rentas (art. 21.2). Igualmente cumple el EP esta función como punto de conexión, aunque no respecto a las rentas obtenidas por el propio no residente titular del EP, en relación con las rentas derivadas del trabajo dependiente (cfr. art. 15.2.c) *a contrario*).

(24) Artículo 5.1 del MCOCDE, que señala que: «[a] efectos de este Convenio, el término «establecimiento permanente» significa un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad».

(25) CMOCDE, artículo 5, párrafo 21.

(26) CMOCDE, artículo 5, párrafo 28.

(27) El artículo 5.3 del MCOCDE establece que: «[u]na obra o un proyecto de construcción o instalación solo constituyen un establecimiento permanente si su duración excede de doce meses».

(28) Así lo señalan los CMOCDE al artículo 5, que señalan que: «[n]o puede considerarse que una obra haya terminado cuando los trabajos se interrumpen temporalmente. Las interrupciones estacionales o por otra causa deben incluirse en el cálculo de la duración de la obra. Las interrupciones estacionales incluyen las debidas al mal tiempo. Las interrupciones temporales pueden estar motivadas, entre otras razones, por falta de materiales o dificultades con la mano de obra» (párrafo 55).

rios cualificados (29). El MCOCDE requiere, entre otros aspectos, que esta actuación sea habitual para que pueda dar lugar a un EP (30).

3. PERMANENCIA Y REPARTO DE LOS DERECHOS DE IMPOSICIÓN SOBRE LAS RENTAS DEL TRABAJO

El MCOCDE regula el reparto de los derechos de imposición sobre las rentas del trabajo por cuenta ajena en su artículo 15. La regla general es que las rentas del trabajo dependiente obtenidas por un no residente como consecuencia del desempeño de su actividad en el Estado de la fuente solo pueden ser gravadas por su Estado de la residencia (31). Sin perjuicio de ello, el artículo 15 MCOCDE permite al Estado de la fuente gravar las rentas derivadas del trabajo desempeñado en su territorio en tres supuestos: cuando el pagador de las rentas sea residente del Estado de la fuente; cuando el pago de las rentas del trabajo lo soporte un EP de la empresa no residente en el Estado de la fuente; y cuando el trabajador no residente permanezca en el Estado de la fuente durante más de 183 días en un periodo de 12 meses que comience o termine en el ejercicio fiscal relevante (32). Debe tenerse en cuenta que es necesario en cualquiera de estos supuestos que el trabajo personal se desarrolle en el territorio del Estado de la fuente (33).

A efectos de computar la presencia del trabajador en el Estado de la fuente, los CMOCDE establecen que deberán tenerse en cuenta los días de presencia física del trabajador en el Estado de la fuente, de modo que «[t]odo día en el que parte de él, por pequeña que sea, el contribuyente esté presente en un Estado contará como un día de presencia en dicho Estado a efectos del cómputo del período de 183 días», únicamente excluyendo los periodos de baja por enfermedad cuando «impidan la marcha de la persona física que, de no ser así, hubieran computado para la exención» (34).

(29) Esta cláusula se contiene en el artículo 5.5 del MCOCDE, que se complementa con lo previsto en el apartado 6 de este mismo precepto. A estos efectos, para que la intervención de un intermediario pueda dar lugar a un EP para la empresa no residente, debe cumplirse que: «que una persona opere en un Estado contratante por cuenta de una empresa; que, al hacerlo, esa persona concluya habitualmente contratos o desempeñe habitualmente el papel principal conducente a la celebración de dichos contratos que la empresa concluye rutinariamente sin modificación significativa por su parte, y que estos contratos estén a nombre de la empresa o que tengan por objeto la transmisión de la propiedad, o la cesión del uso, de bienes propiedad de esa empresa, o sobre los que la empresa tenga un derecho de uso, o la prestación de servicios por esa empresa [...]. No obstante, aun cumpliéndose esas condiciones, el apartado 5 no será aplicable si las actividades ejercidas por esa persona por cuenta de la empresa están incluidas en la excepción del apartado 6 relativa al agente independiente, o si se limitan a las actividades mencionadas en el apartado 4 [actividades auxiliares o preparatorias]» (CMCOCDE, artículo 5, párrafos 84 y 85).

(30) *Vid.* CMCOCDE, artículo 5, párrafo 98, que señala que: «la presencia de una empresa en un Estado contratante debe ser más que meramente transitoria para poder considerar dicha empresa mantiene un establecimiento permanente y, por tanto, una presencia gravable en ese Estado».

(31) *Vid.* CMCOCDE, artículo 15, párrafo 1.

(32) Artículo 15.2 MCOCDE.

(33) Artículo 15.1 MCOCDE.

(34) *Vid.* CMCOCDE, artículo 15, párrafo 5.

III. CONFINAMIENTOS Y PERMANENCIA EN EL MCOCDE: LA RESPUESTA DEL SGOCDE

Como puede intuirse, los confinamientos y restricciones a la movilidad adoptados para luchar contra la pandemia generada por el SARS-CoV-2 pueden tener implicaciones en el reparto de los derechos de imposición en los CDIs en la medida en que el criterio de permanencia en un Estado sea relevante. El ejemplo más claro es el de un trabajador que trabaja en un Estado distinto al de su residencia que, por la adopción de estas medidas, quedara confinado en su Estado de residencia trabajando en remoto desde allí, sin poder desplazarse a su centro de trabajo. En ese caso, el trabajador no realizaría su actividad laboral habitual en el otro Estado, de modo que el sistema de reparto de los derechos de imposición del artículo 15 del MCOCDE excluiría los derechos de imposición del Estado de la actividad (el Estado de la fuente) sobre las rentas obtenidas por el trabajador.

El SGOCDE fue consciente de las potenciales implicaciones que podría tener la adopción generalizada de medidas restrictivas de los desplazamientos en que el marco de los CDIs, adoptando una guía sobre la aplicación de los CDIs basados en el MCOCDE en este escenario en abril de 2020 (35). Esta guía fue actualizada el 21 de enero de 2021, incluyendo algunas aclaraciones adicionales y, especialmente, referencias a las medidas adoptadas por algunos Estados que podrían ser consideradas como «buenas prácticas» (36). Como he señalado, la guía se centra en el análisis de las tres cuestiones que he señalado en el apartado anterior, por lo que procederé a exponer las recomendaciones del SGOCDE al respecto. Aunque la guía está centrada en la aplicación de los CDIs, incluye numerosas referencias a las medidas adoptadas por algunos Estados en relación con la aplicación de su normativa doméstica y de los CDIs en el marco de las medidas adoptadas por la pandemia, así como alguna reflexión sobre aspectos relativos a la aplicación de normas domésticas que puede ser cuestionable.

1. ASPECTOS RELATIVOS A LA RESIDENCIA EN LOS CDIS

La guía comienza planteando las dudas que pueden surgir en relación con la ubicación de la sede de dirección efectiva de una entidad como consecuencia de la reubicación o imposibilidad de los miembros de su órgano de administración y otros altos directivos para desplazarse. El SGOCDE comienza afirmando que es improbable que esta situación pueda dar lugar a un cambio de residencia de la entidad como consecuencia de su carácter temporal (37). Sin embargo, incluso si esta situación generara un supuesto de doble residencia, para el SGOCDE, esta situa-

(35) SGOCDE, *OECD Secretariat analysis of tax treaties and the impact of the COVID-19 crisis* (3 de abril de 2020), OCDE, 2020.

(36) *Vid.* SGOCDE, *Updated guidance...*, cit. *supra* n. 2, párrafo 8. Como señala Báez Moreno, la guía parece extralimitarse al no incidir solo en la interpretación y aplicación de los CDIs basados en el MCOCDE, sino que parece querer influenciar la interpretación de los conceptos previstos en los ordenamientos domésticos. *Vid.* BÁEZ MORENO, A., «Unnecessary and Yet Harmful...», cit. *supra* n. 2, pp. 815-816.

(37) *Vid.* SGOCDE, *Updated guidance...*, cit. *supra* n. 2, párrafo 28

ción no debería suponer un cambio en la residencia a efectos de los CDIs a la luz de las reglas de desempate previstas en el artículo 4.3 del MCOCDE (38).

Como he señalado, en el MCOCDE de 2017 la situación de doble residencia se debe resolver a través del acuerdo entre Administraciones, teniendo en cuenta, entre otros criterios, dónde se encuentra la sede de dirección efectiva de la entidad, analizando para ello «dónde se celebran habitualmente las reuniones de su consejo, de administración u órgano similar, desde donde realizan habitualmente sus funciones el consejero delegado y los altos ejecutivos, [o] desde donde se realiza la alta gestión cotidiana» (39). Estos mismos criterios se empleaban en las versiones anteriores del MCOCDE para determinar dónde se encontraba la sede de dirección efectiva de la entidad, que era el único factor a tener en cuenta para resolver el desempate en esas versiones del MCOCDE (40). De acuerdo con lo anterior, el SGOCDE afirma que la residencia de una entidad a efectos del MCOCDE no se verá probablemente afectada por las restricciones adoptadas como consecuencia de la pandemia, ya que el hecho de que las reuniones del órgano de administración o el desarrollo de las actividades de los altos directivos no tenga lugar en un Estado como consecuencia de las restricciones de movilidad, debería ser calificado como un evento extraordinario. De este modo, para el SGOCDE, los criterios que deberían tenerse en cuenta para resolver el conflicto de doble residencia deberían atender a situaciones de habitualidad o cotidianeidad sin verse afectadas por las medidas excepcionales (41).

En relación con la doble residencia de personas físicas, el SGOCDE comienza distinguiendo dos situaciones (42): la de las personas que pudieron quedar confinadas en un país en el que estuvieran temporalmente (ya fuera por motivos de ocio o laborales, por ejemplo); y el de las personas que abandonan su Estado de residencia actual para volver a su anterior Estado de residencia. En el primer caso, el SGOCDE comienza indicando que ese supuesto no debería hacer que las personas afectadas fueran consideradas residentes por el Estado donde se ven confinados como consecuencia del carácter extraordinario de su presencia (43). Sin embargo, si esto sucediera, la guía afirma que las reglas de desempate del CDI excluirían la residencia en el Estado donde se produzca el confinamiento (44).

(38) *Ibid.* párrafo 36.

(39) CMCOE, artículo 4, párrafo 24.1.

(40) Debe tenerse en cuenta que desde la versión del MCOCDE de 2000 y hasta su modificación en 2008, el párrafo 24 de los CMCOE señalaba que, para determinar dónde se encontraba la sede de dirección efectiva, se debía tener en cuenta el lugar donde la persona o personas al más alto nivel (por ejemplo, el consejo de administración) tomaban sus decisiones, el lugar donde se determinan las acciones a desarrollar por la entidad. *Vid.* BÁEZ MORENO, A., «Unnecessary and Yet Harmful...», cit. *supra* n. 2, pp. 823-825.

(41) *Vid.* SGOCDE, *Updated guidance...*, cit., *supra* n. 2, párrafos 35-36.

(42) *Ibid.* párrafo 39.

(43) *Ibid.* párrafo 40. La propia guía señala que a pesar de que la presencia en el territorio de otro Estado como consecuencia de un confinamiento derivado de la crisis de la COVID-19 debería tener un carácter temporal y excepcional no derivando en la adquisición de la residencia. Sin perjuicio de ello, la propia guía señala que podría adquirirse la residencia en aquellos casos en que los ordenamientos atribuyan residencia únicamente teniendo en cuenta la presencia física de una persona en su territorio. Debe notarse que, en ambos casos, el Secretariado General está haciendo referencia a conceptos del derecho interno y no a conceptos provenientes de los CDIs.

(44) *Vid.* SGOCDE, *Updated guidance...*, cit. *supra* n. 2, párrafo 43.

En el caso de personas físicas que, ante el confinamiento, decidieran retornar a su Estado de origen, la situación plantea más problemas. En tal situación, si el Estado de la anterior residencia al que se retorna considerara a esta persona como residente, las reglas de desempate podrían inclinar la balanza a su favor frente al Estado de residencia actual. Un ejemplo, sería el de un español que se desplazara a Reino Unido para trabajar allí, adquiriendo también residencia fiscal en este Estado, y ante el confinamiento decidiera retornar a España. En tal situación, la persona retornada podría ser considerada como residente en ambos Estados. La aplicación de las reglas de desempate da prevalencia, en primer lugar, al Estado donde la persona tenga a su disposición una vivienda con carácter permanente, situación que podría darse en ambos Estados. En tal caso, se debe atender al lugar donde se encuentre el centro de intereses vitales, que podría ser de difícil determinación en la medida en que los lazos de la persona con ambos Estados pueden ser estrechos (45). Por ello, en los casos en que no pudiera determinarse dónde se encuentra el centro de intereses vitales, el criterio relevante será el de dónde persona viva habitualmente.

La interpretación de la OCDE sobre este criterio sufrió una importante modificación con la actualización del MCOCDE de 2017. Con anterioridad a esa versión, los CMOCDE establecían que «el hecho de que tenga un domicilio habitual en un Estado y no en otro aparece como la circunstancia que, en caso de duda en cuanto a la localización de su centro de intereses vitales, hará inclinar la balanza del lado del Estado donde permanezca con mayor frecuencia. A tal fin, deben considerarse, no solo las estancias en la vivienda permanente del Estado de que se trate, sino también las efectuadas en cualquier otro lugar del mismo Estado» (46), mientras que en el caso en que no tuviera esta persona una vivienda permanente en ninguno de los Estados habían «de considerarse igualmente todas las estancias en un Estado, sin que sea necesario determinar la razón de las mismas» (47). En principio, el criterio que seguían los CMOCDE era el de computar los días de presencia en el territorio del Estado para identificar dónde se vivía habitualmente (48).

(45) *Vid.* SGOCDE, *Updated guidance...*, cit. *supra* n. 2, párrafo 44. El razonamiento del Secretariado en este extremo es particularmente extraño. Comienza señalando que en el caso de una persona física que retorna a su Estado de origen abandonando su Estado actual de residencia por motivos imputables a la crisis de la COVID-19, el centro de intereses vitales puede desplazarse con la persona. A fin de cuentas, la persona física retornará a ese Estado por motivos personales en la normalidad de los casos (para estar con sus familiares, por ejemplo). Si esto es así, el único vínculo que tendría con el Estado de su residencia actual sería, como señala Báez, que la residencia de su empleador se encontrara allí. De este modo, el centro de intereses vitales estaría con toda probabilidad en el Estado de origen. Sin embargo, el Secretariado General parece indicar que, en estos casos, debe acudir al test de la residencia habitual para resolver el desempate. Esta afirmación carece de cualquier base en el artículo 4.2 del MCOCDE, ya que el centro de intereses vitales serviría como criterio de desempate, sin necesidad de acudir a los subsiguientes criterios. *Vid.* BÁEZ MORENO, A., «Unnecessary and Yet Harmful...», cit. *supra* núm. 2, p. 829.

(46) *Vid.* CMOCDE, artículo 4, párrafo 17.

(47) *Vid.* CMOCDE, artículo 4, párrafo 18.

(48) En los CMOCDE al artículo 4 previos a 2017 el párrafo 19 establecía únicamente que: «[el criterio de donde viva habitualmente la persona] no precisa el período de tiempo al que debe extenderse la comparación. Ha de ser un período lo suficientemente dilatado como para que sea posible determinar si la residencia en cada uno de los dos Estados es habitual, así como la periodicidad de las estancias». Este comentario se ha integrado en el actual párrafo 19.1 que incluye nuevos elementos subjetivos a valorar para determinar la residencia habitual. Como señalan Ismer y Reimer, la aplica-

En la versión de 2017 del MCOCDE los comentarios anteriores se han completado con un desarrollo adicional que parece excluir que la mera presencia sea lo relevante a estos efectos. La posición actual de la OCDE es que «debe determinarse si la persona física vive habitualmente, en el sentido de estar regular o normalmente presente en uno de los dos Estados y no en el otro durante un tiempo dado. No basta con simplemente determinar en cuál de los dos Estados esa persona ha pasado más días en ese período», debiendo valorarse «la frecuencia, la duración y la regularidad de las estancias que forman parte de la rutina habitual de una persona y que son, por tanto, más que meramente transitorias» (49). A efectos de desarrollar este análisis, se debe «abarcar un espacio de tiempo suficientemente prolongado que permita evaluar la frecuencia, duración y regularidad de las estancias que son parte de la rutina habitual de esa persona. No obstante, debe prestarse atención para que el análisis abarque un período de tiempo en el que no se produzcan grandes cambios en las circunstancias personales que tengan consecuencias evidentes sobre la determinación (por ejemplo, una separación o un divorcio)» (50). Como puede apreciarse, los CMOCDE introducen un elemento totalmente subjetivo de cara a valorar la residencia habitual al descartar estancias que se produzcan como consecuencia de grandes cambios en las circunstancias personales.

De acuerdo con los comentarios a este precepto, el SGOCDE afirma que la excepcionalidad de la situación derivada de la crisis pandémica excluye que se tenga en cuenta la permanencia en un territorio como consecuencia de las limitaciones a la movilidad derivadas de la pandemia a la hora de valorar dónde una persona vive habitualmente a efectos de la aplicación de las reglas de desempate (51). De este modo, el hecho de que una persona no pueda retornar a su Estado de residencia como consecuencia de restricciones adoptadas por razón de salud pública no debería tener impacto en la determinación de la residencia a efectos de los CDIs. Sin perjuicio de ello, el SGOCDE afirma que esta conclusión podría cambiar en los casos en que se levantaran las restricciones adoptadas por razón de la pandemia (52).

2. ASPECTOS RELATIVOS A LOS ESTABLECIMIENTOS PERMANENTES

El SGOCDE examina en su guía tres posibles situaciones en que las restricciones a la movilidad impuestas como consecuencia de la crisis sanitaria pueden tener incidencia en la determinación de la existencia de un EP. El primer supuesto que se plantea es el de trabajadores ubicados en un Estado distinto al de la empresa para la

ción de este criterio razonablemente debe realizarse de un modo objetivo o cuantitativo, ya que el test del centro de intereses vitales ya incluye los elementos subjetivos y acudir a la residencia habitual solo sucede cuando el test del centro de intereses vitales falla y, por tanto, no puede determinarse la residencia de acuerdo con estos elementos subjetivos. *Vid.* ISMER, R., y REIMER, K., «Article 4. Resident», en Reimer, E. y Rust, A. (eds.), *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 4.^a ed., Wolters Kluwer Law & Business, Aalphen aan den Rijn, 2015, párrafo 104.

(49) CMOCDE, artículo 4, párrafo 19.

(50) CMOCDE, artículo 4, párrafo 19.1.

(51) *Vid.* SGOCDE, *Updated guidance...*, cit. *supra* n. 2, párrafo 44.

(52) *Ibid.*, párrafo 45.

que trabajan que, como consecuencia de las restricciones a la movilidad, deben teletrabajar desde sus domicilios.

En estos casos, el elemento clave consiste en determinar si el domicilio del trabajador puede considerarse como un lugar fijo a disposición de la empresa. En la última actualización del MCOCDE se incluyeron guías sobre este supuesto afirmando que «[l]a determinación de si un despacho en un domicilio constituye un emplazamiento a disposición de la empresa dependerá de los hechos y circunstancias de cada caso. En muchas ocasiones, el ejercicio de una actividad económica en el domicilio de una persona (por ejemplo, un empleado) será tan discontinuado o incidental que el domicilio no se considerará como un emplazamiento a disposición de la empresa [...]. Sin embargo, cuando una oficina en el domicilio se use de forma continuada para ejercer una actividad para una empresa y de los hechos y circunstancias del caso pueda concluirse claramente que la empresa ha obligado a esa persona a utilizar ese emplazamiento para el ejercicio de la actividad (por ejemplo, no proporcionando un despacho a un empleado cuando las circunstancias de su trabajo claramente lo requieran), puede considerarse que el despacho del domicilio está a disposición de la empresa» (53). «Un ejemplo claro de ello lo constituye una asesora no residente que está presente durante un cierto número de años en un cierto Estado en el que desarrolla la mayor parte de las actividades empresariales de su propia empresa de consultoría, desde un despacho acondicionado en su domicilio en ese Estado. En ese caso, el despacho de su domicilio constituye un emplazamiento a disposición de la empresa. Sin embargo, cuando un trabajador transfronterizo lleva a cabo la mayor parte de su trabajo desde su domicilio situado en un Estado, en lugar de desde la oficina puesta a su disposición en el otro Estado, no debe considerarse que el domicilio está a disposición de la empresa ya que esta no le ha exigido que use su casa para el ejercicio de su actividad» (54). De acuerdo con estos comentarios, el SGOCDE concluye que los supuestos de teletrabajo impuestos o recomendados como consecuencia de la pandemia no deberían determinar que los domicilios de los trabajadores puedan ser considerados como EP de sus empresas (55).

En segundo lugar, en relación con los EP de agencia, se plantea el problema de que un agente, ya sea trabajador o no, de la empresa se vea confinado en otro Estado desde el cual intermedie en contratos en favor de su principal. Nuevamente, el SGOCDE se apoya en las notas de habitualidad previstas en el artículo 5 del MCOCDE para excluir que esta situación pueda generar un EP para la empresa no residente en tanto que estas funciones no se desarrollaran anteriormente desde el Estado en que se encuentra el intermediario durante el confinamiento o que las actividades del agente solo tuvieran lugar durante el confinamiento (56).

(53) CMCOE, artículo 5, párrafo 18.

(54) CMCOE, artículo 5, párrafo 19.

(55) *Vid.* SGOCDE, *Updated guidance...*, cit. *supra* núm. 2, párrafo 19. Debe notarse que esta conclusión del Secretariado General podría ser cuestionada en aquellos casos en que la empresa imponga el teletrabajo a sus trabajadores sin que exista una restricción adoptada por el Gobierno. En esos casos, el teletrabajador en otro Estado podrá no disponer de otro centro de trabajo para realizar sus funciones, encontrándose su domicilio a disposición de la empresa para la realización de las funciones del trabajador.

(56) CMCOE, artículo 5, párrafo 98 y SGOCDE, *Updated guidance...*, cit. *supra* núm. 2, párrafo 24. De nuevo, el problema al que se enfrenta la posición del Secretariado General es que la

Finalmente, en relación con los EP derivados de obras y proyectos de construcción e instalación, el SGOCDE comienza recordando que los CMCOEDE no excluyen los periodos de interrupción temporal de las actividades a efectos del cómputo del plazo de duración de estos EPs (57). Es por ello, que la interrupción de las actividades durante los periodos de confinamiento deberá tenerse en cuenta a la hora de determinar si existe o no un EP. Con todo, el SGOCDE plantea que los distintos Estados pudieran optar por no incluir estas interrupciones derivadas de motivos de salud pública a efectos de determinar la existencia de un EP. De nuevo, el SGOCDE alude a la excepcionalidad y carácter extraordinario de las medias impuestas para justificar esta recomendación (58).

3. ASPECTOS RELATIVOS A LA TRIBUTACIÓN DE LAS RENTAS DEL TRABAJO

En relación con la aplicación de los criterios de reparto de los derechos de imposición sobre las rentas del trabajo, la guía del SGOCDE se centra en tres aspectos (59): la aplicación del artículo 15 del MCOCDE a los pagos a los empleados que se realicen en el marco de programas de subvención de salarios; los supuestos de empleados que se encuentran confinados en el Estado en que desarrollan su actividad, cuando este Estado no es el de su residencia; y, por último, los supuestos de trabajadores que se ven confinados en su Estado de residencia y teletrabajan para empresas no residentes.

En relación con la aplicación del artículo 15 del MCOCDE a los pagos de salarios que se realicen a través de programas subvencionados por el Estado donde se desarrollan las actividades laborales o determinados subsidios derivados del trabajo realizado en el Estado de la actividad que se ve interrumpido por la crisis del COVID-19, el SGOCDE opta por asimilarlos a los pagos derivados e indemnizaciones por el cese de la actividad laboral, pagos por vacaciones y otros pagos que se realizan por razón de la actividad laboral sin que efectivamente se esté prestando (60). En estos casos, los CMCOEDE señalan que estos pagos han de entenderse derivados de la relación laboral que los genera, siéndoles aplicables las reglas distributivas que se derivan de la propia relación laboral (61). Por ello, si los salarios

extensión temporal de las restricciones derivadas de la pandemia podría convertir en habitual este tipo de situaciones.

(57) CMCOEDE, artículo 5, párrafo 55 y SGOCDE, *Updated guidance...*, cit. *supra* núm. 2, párrafo 25.

(58) *Vid.* SGOCDE, *Updated guidance...*, cit. *supra* núm. 2., párrafo 27.

(59) Realmente, el SGOCDE incluye un cuarto caso en su análisis: el de los CDIs que incluyen cláusulas de trabajadores transfronterizos (*i. e.* que se desplazan rutinariamente de su Estado de residencia al Estado de la actividad para trabajar). *Vid.* SGOCDE, *Updated guidance...*, cit. *supra* núm. 2, párrafos 57-58. En la medida en que el MCOCDE no incluye en su articulado este precepto, no llevaré a cabo su análisis, pero sorprende que el Secretariado General examine estas cláusulas, que únicamente están propuestas en los CMCOEDE, y no examine otras cláusulas alternativas incluidas en los CMCOEDE que podrían verse afectadas por las restricciones adoptadas durante la crisis de la COVID-19.

(60) *Vid.* SGOCDE, *Updated guidance...*, cit. *supra* n. 2, párrafo 50. Una crítica a esta interpretación puede verse en BÁEZ MORENO, A., «Unnecessary and Yet Harmful...», cit. *supra* núm. 2, pp. 826-827.

(61) CMCOEDE, artículo 5, párrafos 2.5-2.6.

derivados de la relación laboral habrían sido gravados por el Estado de la fuente, la opinión del SGOCDE es que esta misma regla será aplicable a los pagos sustitutos (62).

En segundo lugar, en relación con los trabajadores que quedan confinados en el Estado donde desarrollan su actividad laboral cuando sus rentas de trabajo no habrían sido gravadas por dicho Estado, el SGOCDE comienza recordando que la regla en relación con el cómputo del plazo en el artículo 15 del MCOCDE se basa en los días de presencia física, sin importar si el trabajo se desarrolla en esos días (63). Sin embargo, el SGOCDE recuerda que los CMOCDE excluyen los días de baja por enfermedad en la medida en que esa baja no permita al trabajador retornar a su Estado de residencia y, de no ser por esa baja, no habría tributado en el Estado de la actividad (64). El SGOCDE considera que los días que se pasen en el Estado de la actividad como consecuencia de un confinamiento obligado o en que se impidan *de facto* los desplazamientos deberían recibir el mismo trato que los días de baja referidos (65). Sin embargo, esta conclusión no sería aplicable a los supuestos en que no se produzca el desplazamiento por una mera recomendación gubernamental (66).

Por último, el SGOCDE examina los supuestos en que los trabajadores comienzan a desarrollar sus actividades de modo remoto para un empleador residente en otro Estado. En esos casos, no se cumpliría el requisito básico del artículo 15.2 del MCOCDE que requiere, entre otros, que el trabajo se desarrolle en el Estado de la actividad para que este Estado pueda gravar las rentas del trabajo. En estos casos, el hecho de que el trabajo se desarrolle en remoto por las restricciones derivadas de la pandemia alteraría el reparto de los derechos de imposición, excluyendo el gravamen de estas rentas por el Estado de la actividad (67).

El SGOCDE comienza afirmando los problemas de cumplimiento que podría generar esta nueva situación, en la medida en que las retenciones sobre estos salarios variarían como consecuencia de la situación y los empleados harían frente a nuevas obligaciones en su Estado de residencia derivadas de cambios temporales e involuntarios (68). En estos casos, el SGOCDE, asumiendo la excepcionalidad de la situación, propone que los Estados adopten medidas de coordinación para reducir los costes de cumplimiento derivados de la situación derivada de un cambio involuntario y temporal, planteando la posibilidad de acudir a procedimientos amistosos entre las administraciones de los Estados afectados (69).

(62) *Vid.* SGOCDE, *Updated guidance...*, cit, *supra* núm. 2., párrafo 52. Como señala Calderón esto permitirá que el Estado de la fuente (de la actividad) grave las rentas y el Estado de la residencia eliminará la doble imposición resultante. *Vid.* CALDERÓN CARRERO, J. M., COVID-19 y fiscalidad internacional..., *supra* n. 2, p. 11.

(63) *Vid.* SGOCDE, *Updated guidance...*, cit, *supra* núm. 2., párrafo 53. Debe tenerse en cuenta que este supuesto no se examinaba en la guía publicada en abril de 2020.

(64) CMOCDE, artículo 15, párrafo 5.

(65) *Vid.* SGOCDE, *Updated guidance...*, cit, *supra* núm. 2., párrafo 50

(66) *Ibid.* En efecto, si existe posibilidad de desplazarse, no podría asimilarse esta situación a la de la baja que impide el desplazamiento.

(67) *Ibid.* párrafo 60.

(68) *Ibid.*

(69) *Ibid.* párrafo 62.

IV. CONCLUSIONES

La adopción de confinamientos y restricciones de movilidad por parte de los distintos Gobiernos como consecuencia de la pandemia de la COVID-19 puede dar lugar a cambios en el reparto de los derechos de imposición en el marco de los CDIs. El SGOCDE ha tratado de aportar algunas guías y recomendaciones para solucionar los problemas que puedan surgir por estos confinamientos en la aplicación de los CDIs. De este modo, el SGOCDE trata de ofrecer soluciones coordinadas ante la falta de adopción de instrumentos concretos por los distintos Estados (70). En este sentido, la influencia de esta guía parece haberse hecho notar en algunos países, como el nuestro, que parecen haber asumido la interpretación del SGOCDE (71).

El punto de partida del SGOCDE es el de tratar de evitar que las restricciones que se derivan de la pandemia generen cambios en el reparto de los derechos de imposición en los CDIs (72). Para ello, el SGOCDE se apoya en los CMCOEDE estableciendo analogías en algunos casos cuestionables y apoyándose en aspectos puntuales de los CMCOEDE que permiten considerar determinados elementos subjetivos a la hora de determinar la conexión de una persona con el territorio de un Estado a los efectos del reparto de los derechos de imposición. En aquellos casos en que los CMCOEDE no dan margen para mantener esta posición, el SGOCDE recomienda excluir las consecuencias que tienen estas restricciones en el reparto de los derechos de imposición en el marco de los CDIs sobre la base de que estas situaciones son involuntarias y extraordinarias.

Desde un punto de vista muy pragmático, la posición del SGOCDE cuando publicó la primera versión de la guía (abril de 2020) podía ser razonable, toda vez que las dificultades para la aplicación de los CDIs en los primeros momentos de la pandemia podían haber dado lugar a numerosos conflictos entre los Estados y un incremento importante de los costes de cumplimiento para los contribuyentes. Quizás en ese momento sí existía una situación extraordinaria. Pasado casi un año, es sorprendente que el SGOCDE mantenga su posición en la actualización de esta guía e incluso añada nuevos elementos para tratar de asegurar el mantenimiento del *statu quo* en el reparto de los derechos de imposición. Por un lado, porque la situación se ha extendido notablemente en el tiempo, haciendo que la presencia en un

(70) Vid. el ejemplo de Alemania en VON JÄHNICHEN, M., «Fiscal measures to counteract the economic consequences of the COVID-19 pandemic in Germany», *Opinio Juris in Comparatione*, Special Issue 2020, 2021, p. 439 ss.

(71) En el caso español, en la resolución de la Dirección General de Tributos (DGT) de 17 de junio de 2020 (V1983-20) se consideró que la estancia involuntaria en territorio español como consecuencia de la declaración del estado de alarma debía ser tenida en cuenta a efecto de determinar el tiempo de presencia en territorio español a efectos de nuestra normativa doméstica (vid. MARTÍNEZ LAGUNA, F. D., «Taxation and COVID-19: Spanish Report», *Opinio Juris in Comparatione*, Special Issue 2020, 2021, p. 421 ss.). Sin embargo, en presencia de un CDI, la propia DGT en su resolución de 13 de abril de 2020 (V0862-21) ha aceptado las tesis del SGOCDE, excluyendo la residencia en España de personas físicas confinadas en nuestro territorio como consecuencia de la declaración del estado de alarma a la luz de las reglas de desempate del artículo 4.2 del MCOEDE, tal y como señalan Martín y Rodríguez. Vid. MARTÍN, J., y RODRÍGUEZ, J., «Aclaraciones sobre los impuestos, el COVID-19 y los no residentes», *Cinco Días*, 20 de abril de 2021.

(72) Vid. BÁEZ MORENO, A., «Unnecessary and Yet Harmful...», cit. *supra* núm. 2, pp. 829-830.

territorio se haya convertido, en algunos casos, en continuada y nada extraordinaria. En estos casos, si la lógica de los puntos de conexión para atribuir derechos de gravamen sobre la renta se fundamenta en su intervención en la vida económica de un país o en su consumo de los servicios públicos, lo cierto es que debería plantearse que sí existan consecuencias en el reparto de los derechos de imposición ante confinamientos prolongados.

Por otro lado, en muchos casos, el examen de la presencia de una persona en un territorio, de acuerdo con la posición del SGOCDE, requiere la valoración de la voluntariedad de esa presencia, pues en algunos casos el SGOCDE acepta como motivos para descartar el efecto de la permanencia en los CDIs no solo los confinamientos obligados, sino también la falta de desplazamiento por recomendación gubernamental. En mi opinión, aunque algunos de estos aspectos podían anticiparse en las recientes modificaciones de los CMCOEDE, lo cierto es que añaden complejidad a la aplicación de los CDIs y son elementos que no deberían estar presentes en el examen de un factor objetivo como es la presencia en un territorio a efectos de asignar derechos de imposición a uno u otro Estado en el marco de un CDI. Sin embargo, analizando las últimas modificaciones de los CMCOEDE y la posición del SGOCDE, todo parece apuntar a una mayor preponderancia de los elementos subjetivos en el análisis de presencia en un territorio en el futuro de los CDIs.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AVI-YONAH, R., «International Tax Law as International Law», *Tax Law Review*, vol. 57, núm. 4, 2004.
- BÁEZ MORENO, A., «Unnecessary and Yet Harmful: Some Critical Remarks to the OECD Note on the Impact of the COVID-19 Crisis on Tax Treaties», *Intertax*, vol. 48, núm. 8/9, 2020.
- BENNETT, M. C., «The 50th Anniversary of the OECD Model Tax Convention», *World Commerce Review*, vol. 2, núm. 2, 2008.
- CALDERÓN CARRERO, J. M., «COVID-19 y fiscalidad internacional. Las primeras recomendaciones de la OCDE». *Revista de Contabilidad y Tributación, CEF*, núm. 446, 2020.
- INSTITUTO DE ESTUDIOS FISCALES, *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio*. Versión abreviada. 21 de noviembre de 2017, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2019
- ISMER, R., y REIMER, K., «Article 4. Resident», en Reimer, E., y Rust, A. (eds.), *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 4.^a ed., Wolters Kluwer Law & Business, Aalphen aan den Rijn, 2015.
- MARTÍN, J., y RODRÍGUEZ, J., «Aclaraciones sobre los impuestos, el COVID-19 y los no residentes», *Cinco Días*, 20 de abril de 2021.
- MARTÍNEZ LAGUNA, F. D., «Taxation and COVID-19: Spanish Report», *Opinio Juris in Comparatione*, Special Issue 2020, 2021.
- SATO, M., y BIRD, R. M., «International Aspects of the Taxation of Corporations and Shareholders», *International Monetary Fund Staff Papers*, vol. 2, núm. 22, 1975.

- SECRETARIADO GENERAL DE LA OCDE, *OECD Secretariat analysis of tax treaties and the impact of the COVID-19 crisis* (3 de abril de 2020), OCDE, 2020.
- *Updated guidance on tax treaties and the impact of the COVID-19 pandemic* (21 de enero de 2021), OCDE, 2021.
- VANN, R., «International Aspects of Income Tax», en Thuronyi, V. (ed.), *Tax Law Design and Drafting*, vol. 2, International Monetary Fund, Washington, 1998.
- VON JÄHNICHEN, M., «Fiscal measures to counteract the economic consequences of the COVID-19 pandemic in Germany», *Opinio Juris in Comparatione*, Special Issue 2020, 2021.

LAS REGLAS FISCALES TRAS LA COVID-19

César MARTÍNEZ SÁNCHEZ*

Resumen

En primer lugar, en este trabajo se presentan las reglas fiscales que rigen en España. A continuación, se examina el impacto que la COVID-19 ha tenido sobre las mismas. Por último, a fin de remediar las insuficiencias observadas, se enumeran las reformas que deberían aprobarse para mejorar la redacción y la ejecución de las reglas fiscales.

Palabras clave

Reglas fiscales, estabilidad presupuestaria, deuda pública, regla de gasto.

Abstract

Firstly, this work presents the fiscal rules currently in force in Spain. Then, it examines the particular impact of COVID-19 on such regulation. Finally, in the light of the shortcomings observed, it proposes several reforms to be passed in order to improve the design and implementation of the Spanish fiscal rules.

Keywords

Fiscal rules, budget stability, public debt, expenditure benchmark.

SUMARIO: I. Introducción. II. Las reglas fiscales antes de la COVID-19. 1. Objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública. 1.1 Objetivos de estabilidad presupuestaria. 1.2 Objetivos de deuda pública. 1.3 Fijación de los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública. 2. Regla de gasto. 3. Destino obligatorio del superávit presupuestario. 4. Medidas preventivas, correctivas y coercitivas. III. Las reglas fiscales durante la COVID-19. 1. En la Unión Europea. 2. En España. IV. Las reglas fiscales tras la COVID-19: una propuesta de mejora. 1. Cambios en la redacción de las reglas. 2. Cambios en la aplicación de las reglas. V. Bibliografía.

* Profesor Contratado Doctor de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Autónoma de Madrid, cesar.martinez@uam.es.

I. INTRODUCCIÓN

«**P**ARA el creyente, la salvación está en el santo temor de Dios; para todo ministro de Hacienda, la salvación está en el santo temor al déficit». Esta sentencia, que se atribuye a José Echegaray (además de laureado dramaturgo, ministro de Hacienda de varios gobiernos durante la Restauración) (1), resume la visión –algo simplista aunque no exenta de cierta razón– con la que a veces se afronta la regulación de las finanzas públicas.

En efecto, la situación presupuestaria ideal es la de superávit, esto es, aquella en la que los ingresos superan a los gastos. Esto permite a la Administración reducir su deuda, afrontar gastos imprevistos sin necesidad de acudir a financiación externa y, en su caso, reducir los impuestos.

Por el contrario, en una situación de déficit, la Administración se ve obligada a aumentar su endeudamiento, es más frágil ante nuevas e imprevistas necesidades y, antes o después, acaba necesitando recortar gastos y/o aumentar los ingresos.

En alguna ocasión, se ha pretendido presentar el debate acerca de las reglas fiscales como una lucha entre la visión progresista expansiva y la visión ortodoxa austera. A mi juicio, se trata de una aproximación equivocada a la cuestión. En efecto, es cierto que el pensamiento socialdemócrata atribuye un mayor protagonismo al papel que el Estado ha de desempeñar en la economía que el que le otorga la visión liberal. En ese sentido, la oposición entre ambas visiones debería referirse al *tamaño* del Estado, no a su *situación presupuestaria*. Esto es, el equilibrio presupuestario debería ir más allá de la visión política particular, de forma que pueda integrarse en el consenso que recoge la Constitución, tal y como actualmente refleja el controvertido artículo 135. En efecto, no parece que nadie cabalmente pueda afirmar que es preferible una situación de déficit a una de superávit. Las diferencias aparecen cuando se trata de precisar qué volumen de déficit y endeudamiento es admisible, en qué plazo se deben alcanzar los objetivos, quién debe controlar su ejecución y cuáles han de ser, en su caso, las consecuencias de su incumplimiento. Esa es la tarea de las reglas fiscales, cuyo contenido está en constante evolución.

Si la Gran Recesión obligó a un profundo replanteamiento de la estabilidad presupuestaria en la Unión Europea, la pandemia de la COVID-19 parece que también va a deparar una sustancial alteración de las reglas que disciplinan el gasto público (2). En este sentido, este trabajo se estructura de la siguiente manera: i) qué reglas fiscales había antes de la pandemia; ii) cómo se han alterado durante la extensión de la enfermedad; y iii) qué se debe mejorar para el futuro.

(1) Fue pronunciada en 1905 en el Congreso de los Diputados, según relata Miguel MARTORELL LINARES en el artículo «Santo temor al déficit», *Diario El País*, 22 de junio de 2016.

(2) Entre las últimas reflexiones al respecto, destaca la propuesta de modificación de las reglas fiscales en el ámbito de la Unión Europea formulada en BLANCHARD, O.; LEANDRO, A., y ZETTELMAYER, J., «Redesigning EU Fiscal Rules: From Rules to Standards», Peterson Institute for International Economics, Working Paper 21-1, February 2021, disponible en <https://www.piie.com/sites/default/files/documents/wp21-1.pdf>. Igualmente, resulta muy ilustrativa la recapitulación de propuestas de reforma que se ha realizado en CARRIÓN ÁLVAREZ, M., «Eurozone fiscal reform in light of COVID-19: a review of existing proposals», Funcas Europe, marzo 2021, disponible en <https://www.funcas.es/articulos/eurozone-fiscal-reform-in-light-of-COVID-19-a-review-of-existing-proposals/>.

II. LAS REGLAS FISCALES ANTES DE LA COVID-19

En el contexto de la tercera fase de la unión económica y monetaria, se alcanzó el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, que fue concebido para asegurar que los países de la UE mantuvieran unas finanzas públicas saneadas tras la introducción del euro como moneda única. Formalmente, dicho pacto constaba de una resolución del Consejo Europeo (adoptada en 1997) y dos reglamentos del Consejo, de 7 de julio de 1997 (uno sobre la supervisión de las situaciones presupuestarias y la coordinación de las políticas económicas; y otro sobre la aplicación del procedimiento de déficit excesivo al que se refiere el art. 126 TFUE y su Protocolo núm. 12). A pesar de que habían sido objeto de reformas en 2005, esta regulación no fue suficiente para evitar el grave deterioro de las finanzas públicas que produjo la crisis económica iniciada en 2008.

Con el declarado propósito de prevenir desequilibrios futuros, se reforzó la normativa sobre gobernanza económica de la UE mediante ocho reglamentos comunitarios y un nuevo tratado internacional:

i) El paquete de seis medidas (*Six Pack*), que introdujo un sistema más amplio de supervisión de políticas económicas con el objeto de detectar los problemas, como las burbujas inmobiliarias o la reducción de la competitividad, con la suficiente antelación.

ii) El paquete de dos medidas (*Two Pack*), que estableció un nuevo ciclo de control para la zona del euro con la presentación cada otoño a la Comisión Europea de los proyectos de planes presupuestarios de los países (salvo los que cuenten con programas de ajustes macroeconómicos).

iii) El Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de 2012 («pacto presupuestario») que incorporó unas disposiciones fiscales más estrictas que el anterior Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

El conjunto de estas medidas se integra en la actualidad en el llamado Semestre Europeo, que es el mecanismo de coordinación de la política económica de la UE.

En lo que se refiere a España, en nuestro país ya existían normas relativas a la estabilidad de las cuentas públicas antes de la Gran Recesión (3). Sin embargo, los abultados desequilibrios presupuestarios (recuérdese que el déficit de España alcanzó el 11,2 % del PIB en 2009), acompañados de una notable alza del coste de la financiación, condujeron a una importante reforma de las reglas fiscales de nuestro país.

En efecto, con el declarado propósito de «fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española a medio y largo plazo», en agosto de 2011 se inició la reforma del artículo 135 de la Constitución, que se sometió a la aprobación del

(3) Entre otras, por ejemplo, la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la de estabilidad presupuestaria, así como el Texto refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre.

Parlamento por vía de urgencia y lectura única. En lo tocante a las reglas fiscales, el nuevo tenor del artículo 135 estableció lo siguiente:

i) El Estado y las comunidades autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros.

ii) Las entidades locales deberán presentar equilibrio presupuestario.

Asimismo, se remitió a una ley orgánica la regulación de la distribución de los límites de déficit y de deuda entre las distintas Administraciones públicas, los supuestos excepcionales de superación de los mismos y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que sobre uno y otro pudieran producirse; la metodología y el procedimiento para el cálculo del déficit estructural; y la responsabilidad de cada Administración pública en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.

En cumplimiento del mandato constitucional que se acaba de referir, se aprobó la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEPSF). En ella se concretaron las anteriores reglas fiscales (4) y se crearon otras adicionales, a saber: establecimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública para el conjunto de Administraciones públicas; regla de gasto; destino obligatorio del superávit presupuestario y las medidas preventivas, coercitivas y correctivas.

1. OBJETIVOS DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y DEUDA PÚBLICA

1.1 Objetivos de estabilidad presupuestaria

Como se vio anteriormente, en el artículo 135 CE se realiza una remisión al Derecho de la Unión Europea –no estrictamente necesaria de acuerdo con el principio de primacía (5)– en lo referente a los límites de déficit y deuda públicos. En este sentido, en el artículo 11 LOEPSF se endurece el régimen previsto en el artículo 135.2 CE (que solo obliga a no incurrir «en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros»), al señalar que «ninguna Administración pública podrá incurrir en déficit estructural». No obstante, el rigor de este precepto se atenuó en dos sentidos: se permitió alcanzar en el conjunto de Administraciones públicas un déficit estructural

(4) La estabilidad presupuestaria no fue una novedad de esta ley orgánica, sino que ya se recogía en leyes anteriores, como se apunta en MARTÍNEZ LAGUNA, F. D., «La reforma del artículo 135 de la constitución española: efectos y consecuencias jurídicas de la reforma», *RJUAM*, núm. 24, 2011-II, pp. 119-140.

(5) Este principio fue consagrado muy tempranamente en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso *Costa contra Enel*, de 15 de julio de 1964. Sin embargo, no todos los tribunales constitucionales europeos han asumido plenamente esta doctrina. En particular, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania (*Bundesverfassungsgericht*) lleva décadas realizando una interpretación distinta de este principio, tal y como se ha puesto recientemente de manifiesto en su Sentencia de 5 de mayo de 2020 (2 BvR 859/15; ECLI: DE: BVerfG:2020: rs20200505.2bvr085915), que ha sido analizada en Mangas Martín, A., «El Tribunal Constitucional alemán y su “fuego amigo” sobre el Tribunal de Justicia de la UE y el BCE», *Análisis del Real Instituto Elcano* (ARI), núm. 72, 2020.

ral del 0,4 % PIB en caso de reformas estructurales con efectos presupuestarios a largo plazo, de acuerdo con la normativa europea; y se fijó el cumplimiento de este objetivo en el entonces lejano ejercicio 2020 (disposición transitoria primera).

Asimismo, se incluyó una cláusula de salvaguardia –ya expresamente prevista en el artículo 135.4 CE– en virtud de la cual el Estado y las comunidades autónomas podrán incurrir en déficit estructural en caso de «catástrofes naturales, recesión económica grave o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control de las Administraciones públicas y perjudiquen considerablemente su situación financiera o su sostenibilidad económica o social, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados».

En cuanto a las corporaciones locales, apenas se añadió algo a lo ya previsto en el artículo 135.2 CE, en tanto que se reiteró que deberán mantener una «posición de equilibrio o superávit presupuestario».

En relación a las Administraciones de la Seguridad Social, deberán mantener una situación de equilibrio o superávit presupuestario, si bien se permite que excepcionalmente incurran en déficit estructural de acuerdo con las finalidades y condiciones previstas en la normativa del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, en cuyo caso el déficit estructural máximo admitido para la Administración central se minorará en la cuantía equivalente al déficit de la Seguridad Social.

1.2 Objetivos de deuda pública

En el artículo 13.1 LOEPSF se establece que el volumen de deuda pública del conjunto de Administraciones públicas no podrá superar el 60 % del PIB, lo cual no es sino una reiteración de lo dispuesto en el Protocolo núm. 12 del TFUE. Sí fue innovador el reparto que se realizó de dicho límite: 44 % para la Administración central, 13 % para el conjunto de comunidades autónomas y 3 % para el conjunto de corporaciones locales. Asimismo, se estableció una regla adicional que fijó que el límite de deuda pública de cada una de las comunidades autónomas no podrá superar el 13 % de su PIB regional. Ahora bien, al igual que ocurre con los objetivos de estabilidad presupuestaria, los objetivos de deuda habrían de cumplirse a partir de 2020 y, en todo caso, podrían ser superados si se dieran las circunstancias excepcionales que se señalaron en el apartado anterior.

Junto con estos rígidos límites al endeudamiento (complementados por un estricto régimen de autorización), también se reforzaron los controles sobre la deuda comercial de las Administraciones públicas (6). Así, en 2013 se reformó la LOEPSF con el objeto de garantizar que las Administraciones públicas cumplieran con el plazo máximo de pago a proveedores (7).

(6) Nótese que las reformas legislativas para la reducción de la morosidad comercial comenzaron mucho antes de la LOEPSF, como se pone de manifiesto –entre otras normas– en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

(7) A raíz de dicha reforma legal, se aprobó el Real Decreto 1040/2017, de 22 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 635/2014, de 25 de julio, por el que se desarrolla la metodología de cálculo del periodo medio de pago a proveedores de las Administraciones Públicas y las condiciones y el procedimiento de retención de recursos de los regímenes de financiación, previstos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

1.3 Fijación de los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública

Como complemento a lo que se acaba de apuntar, en el artículo 15 LOEPSF se establece que el Gobierno, mediante acuerdo del Consejo de Ministros, ha de fijar los objetivos de estabilidad presupuestaria (en términos SEC 2010) y el objetivo de deuda pública referidos a los tres ejercicios siguientes, tanto para el conjunto de Administraciones públicas como para cada uno de sus subsectores. Tras lo anterior, el referido acuerdo del Consejo de Ministros (en el que también se ha de incluir el límite de gasto no financiero del Presupuesto del Estado) ha de ser remitido a las Cortes Generales acompañado de las recomendaciones y del informe correspondiente. Si el Congreso de los Diputados o el Senado rechazan los objetivos, el Gobierno, en el plazo máximo de un mes, remitirá un nuevo acuerdo que se someterá al mismo procedimiento.

Junto con lo anterior, al Gobierno también le corresponde, previo informe de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF) y del Consejo de Política Fiscal y Financiera, fijar los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública para cada una de las comunidades autónomas (art. 16 LOEPSF).

2. REGLA DE GASTO

Como ya he señalado en otro trabajo (8), no es nada novedosa la pretensión de limitar la evolución del gasto público por medio del establecimiento de un porcentaje máximo de incremento, normalmente relacionado con la previsión de crecimiento de la economía. De hecho, existen experiencias de este tipo al menos desde 1985 y se ha sostenido que hay evidencia empírica que demuestra que estas reglas de gasto producen un mayor cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria (9). La finalidad de esta regla contracíclica es contener el gasto en los momentos de expansión económica, de suerte que se generen superávits que sirvan para amortizar anticipadamente deuda o, en su caso, generar ahorros a los que pueda acudir cuando se invierta el ciclo.

Al calor de las reformas ya referidas que endurecieron la disciplina presupuestaria en la Unión Europea, se introdujo en 2011 –dentro del paquete de reglamentos denominado *Six Pack*– el valor de referencia para el gasto (*expenditure benchmark*), que indica la tasa de crecimiento del gasto público a la que tienen que aproximarse los Estados. Como elocuentemente ha apuntado la AIReF, a diferencia de la regla de gasto española a la que ahora me referiré, esta referencia (obsérvese que se denomina *benchmark* y no *rule*) no es un objetivo en sí mismo, sino que se trata de un indicador del Objetivo a Medio Plazo de cada Estado (MTO por sus siglas en inglés) medido en términos de saldo estructural. Al no ser un objetivo, «su incum-

(8) MARTÍNEZ SÁNCHEZ, C., «La regla de gasto en España: “el diablo está en los detalles”», *Blog del Almacén de Derecho*, 1 de junio 2018, disponible en <https://almacenederecho.org/la-regla-gasto-espana-diablo-esta-los-detalles>

(9) CORDES, T.; KINDA, T.; MUTHORA, P., y WEBER, A., «Expenditure Rules: Effective Tools for Sound Fiscal Policy?», IMF Working Paper 15/29, 2015.

plimiento no tiene consecuencias sancionadoras, que solo se desencadenan si hay una desviación en el MTO» (10).

Por el contrario, en España el legislador decidió instituir una regla de gasto nacional mucho más exigente (al menos en su formulación), al establecer en el artículo 12.1 LOEPSF que «[l]a variación del gasto computable de la Administración Central, de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, no podrá superar la tasa de referencia de crecimiento del Producto Interior Bruto de medio plazo de la economía española». Esta tasa de referencia la fija el Ministerio de Economía siguiendo la metodología de la Comisión Europea, teniendo en cuenta los cinco ejercicios precedentes y la previsión para el presente y los cuatro futuros.

Si se produce el incumplimiento de esta regla, se establece como consecuencia automática la formulación de un Plan Económico-Financiero, que ha de ser aprobado en el caso de las corporaciones locales por el órgano que ostente la tutela financiera (Ministerio de Hacienda o comunidad autónoma, si así lo establece su respectivo estatuto de autonomía).

3. DESTINO OBLIGATORIO DEL SUPERÁVIT PRESUPUESTARIO

Como se acaba de señalar, la regla de gasto persigue que se generen mayores superávits en tiempos de bonanza. Como complemento de la misma, en el artículo 12.5 LOEPSF y, con más detalle, en el artículo 32 LOEPSF se establece que el superávit, entendido como la capacidad de financiación calculada según el Sistema Europeo de Cuentas (SEC), debe destinarse a reducir el nivel de endeudamiento neto.

La única excepción a este destino obligatorio del superávit es la recogida en la disposición adicional sexta LOEPSF, donde se permite que, atendidas determinadas obligaciones, se puedan realizar inversiones financieramente sostenibles (IFS) con cargo al superávit. Esta posibilidad, inicialmente pensada para el ejercicio 2014, se ha ido prorrogando anualmente. En este sentido, debe advertirse que las IFS no se tienen en cuenta a la hora de calcular el cumplimiento de la regla de gasto, por lo que ha sido hasta el momento la vía que han utilizado las Administraciones públicas saneadas (mayoritariamente las entidades locales (11)) para aumentar su gasto no financiero.

4. MEDIDAS PREVENTIVAS, COERCITIVAS Y CORRECTIVAS

Tan importantes como las reglas sustantivas que se acaban de exponer, son los mecanismos que la ley ha establecido para asegurar su efectivo cumplimiento. En

(10) AIREF, «La Regla de Gasto y la sostenibilidad de las finanzas públicas», 2015, p. 10.

(11) La posibilidad de que también las CCAA pudieran destinar su superávit a la realización de IFS se contempló en la disposición adicional centésima décima sexta de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, cuya vigencia fue prorrogada por el Real Decreto-ley 10/2019, de 29 de marzo, por el que se prorroga para 2019 el destino del superávit de comunidades autónomas y de las entidades locales para inversiones financieramente sostenibles y se adoptan otras medidas en relación con las funciones del personal de las entidades locales con habilitación de carácter nacional.

este sentido, en el capítulo IV de la LOEPSF se recogen tres grupos de medidas, que habrán de aplicarse de manera sucesiva, a saber: medidas preventivas, correctivas y coercitivas.

En cuanto a las medidas preventivas, se ha tratado de introducir, siguiendo el ejemplo de la normativa europea, un mecanismo automático de prevención para garantizar que no se incurre en déficit estructural al final de cada ejercicio, al tiempo que se ha establecido un umbral de deuda de carácter preventivo para evitar la superación de los límites establecidos (art. 18 LOEPSF). En el caso de que se produzca alguna de las situaciones referidas, se formulará una advertencia que perseguirá que se adopten las medidas necesarias que eviten el incumplimiento de los objetivos de estabilidad, de deuda pública o de la regla de gasto (art. 19 LOEPSF). En el supuesto de que no se cumpla con las normas fiscales referidas, pasarán a aplicarse las medidas correctivas.

En efecto, los incumplimientos del objetivo de estabilidad presupuestaria, de deuda pública o de la regla de gasto llevarán automáticamente aparejadas dos consecuencias: una limitación en la capacidad de endeudamiento, en la concesión de subvenciones y la suscripción de convenios de la Administración incumplidora (art. 20 LOEPSF); y la necesidad de elaborar un plan económico-financiero, que tendrá como objeto revertir el incumplimiento que haya tenido lugar (art. 21 LOEPSF). En el supuesto de que el incumplimiento hubiera sido consecuencia de las circunstancias excepcionales ya referidas (catástrofes naturales, recesión económica o situación de emergencia extraordinaria), será preciso presentar un plan de reequilibrio, que detalle las medidas adecuadas para hacer frente a las consecuencias presupuestarias derivadas de estas situaciones excepcionales (art. 22 LOEPSF).

En el caso de que se produjera el incumplimiento de un plan económico-financiero, la Administración responsable deberá aprobar automáticamente una no disponibilidad de créditos y constituir, en su caso, un depósito. Si no se cumpliera con lo anterior, o si las medidas no fueran suficientes, el Gobierno podrá acordar el envío de una comisión de expertos para valorar la situación económico-presupuestaria de la Administración afectada (art. 25 LOEPSF). Como *ultima ratio*, en caso de que se persistiera en el incumplimiento, se habilita al amparo del artículo 155 CE a la adopción de medidas para obligar a una comunidad autónoma a su cumplimiento forzoso. Si se tratase de una entidad local, igualmente podrán imponerse medidas de cumplimiento forzoso, o disponer, en su caso, la disolución de la corporación local, de conformidad con lo previsto en el artículo 61 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (art. 26 LOEPSF).

III. LAS REGLAS FISCALES DURANTE LA COVID-19

1. EN LA UNIÓN EUROPEA

En el artículo 5.1 *in fine* del Reglamento (CE) 1466/97, se prevé que en caso de «acontecimiento inusitado que esté fuera del control del Estado miembro afectado y que tenga una gran incidencia en la situación financiera de las administraciones públicas, o en períodos de crisis económica grave en la zona del euro o en el con-

junto de la Unión, se podrá permitir a los Estados miembros que se aparten temporalmente de la trayectoria de ajuste hacia el objetivo presupuestario a medio plazo (...), siempre que dicha desviación no ponga en peligro la sostenibilidad presupuestaria a medio plazo». Esta previsión, que se conoce como cláusula de salvaguardia (o de escape), ha sido activada por primera vez con ocasión de la pandemia de COVID-19. En consecuencia, los objetivos de estabilidad presupuestaria quedaban, de forma temporal, en suspenso.

El grave impacto económico de la pandemia no solo ha llevado a una suspensión de los objetivos presupuestarios a medio plazo, sino que también ha provocado otras tres respuestas de gran calado por parte de las instituciones de la UE: la flexibilización temporal de la prohibición de ayudas de Estado (12); la adopción del plan denominado *NextGenerationEU*, que es un instrumento temporal de recuperación, dotado de 750 000 millones de euros, destinado a reparar los daños económicos y sociales inmediatos causados por la pandemia de coronavirus, cuyo elemento central lo constituye el Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia, que supondrá un total de 672.500 millones de euros en préstamos y subvenciones disponibles para apoyar las reformas e inversiones emprendidas por los países de la UE (13); y, por último, un muy extenso programas de compra de activos por parte del Banco Central Europeo, con el objetivo de apoyar la estabilización de los mercados financieros y proporcionar una amplia liquidez (14).

2. EN ESPAÑA

El 27 de febrero de 2020 –apenas quince días antes de la declaración del primer estado de alarma causado por la pandemia– el Congreso de los Diputados aprobó los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública de 2020, así como el límite de gasto no financiero del Estado, a fin de poner las bases para la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado de 2020. En dicho acuerdo se estableció un objetivo de déficit para el conjunto de las Administraciones públicas del 1,8 % del PIB en 2020. Para la Administración Central, el límite se situaba en el 0,5 %; para las comunidades autónomas quedó fijado en el 0,2 %; para la Seguridad Social en el 1,1 % y, como es habitual, se perseguía el equilibrio presupuestario para las entidades locales. Por su parte, la senda aprobada para el período 2021-2023 fijaba un déficit para el conjunto de Administraciones públicas del 1,5 % en 2021; del 1,2 % en 2022; y del 0,9 % en 2023. Asimismo, el objetivo de deuda pública de 2020 para el conjunto de las Administraciones públicas se estableció en el 94,6 % y se preveía que llegaría a quedar por debajo del 90 % (89,8 %) en 2023.

(12) Comunicación de la Comisión de 20 de marzo de 2020, Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 (2020/C 91 I/01).

(13) Este plan europeo es analizado en un capítulo específico de esta obra.

(14) Para un mayor detalle, *vid.* AGUILAR, P.; ARCE, O.; HURTADO, S.; MARTÍNEZ-MARTÍN, J.; NUÑO, G., y THOMAS, C., «La respuesta de la política monetaria del banco central europeo frente a la crisis del COVID-19», *Documentos Ocasionales*, núm. 2026, Banco de España, 2020.

En solo dos semanas, la alta expansión de la pandemia y las severas restricciones que se impusieron para contenerla convirtieron, súbitamente, los anteriores objetivos en completamente inalcanzables.

Tras la activación de la cláusula de salvaguardia en el ámbito europeo, a la que se ha hecho ya referencia, ni el Gobierno ni las Cortes parecieron prestar mucha atención a la situación de las reglas fiscales. En efecto, la única cuestión sobre la que se sucedieron varias reformas fue la relativa al uso del superávit de las entidades locales. Tras varias habilitaciones parciales consecutivas (15), se previó un sistema en el que las entidades locales prestaban parte de sus remanentes al Estado, que finalmente decayó al no convalidarse el real decreto-ley que lo establecía (16).

Acercándose el final del año, y ante la incertidumbre existente acerca de las consecuencias que podría tener el incumplimiento de los objetivos fijados a finales de febrero, el 20 de octubre de 2020 el Congreso de los Diputados apreció, en una resolución hasta entonces inédita, que España sufría una emergencia extraordinaria por la pandemia de la COVID-19 que justificaba la suspensión temporal de las reglas fiscales en 2020 y 2021, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 135.4 de la Carta Magna. Los efectos jurídicos de esta apreciación distan de ser completamente claros: tanto en lo que se refiere a las Administraciones públicas afectadas, como en lo tocante a las específicas reglas afectadas.

En efecto, en el citado precepto constitucional claramente se establece que «[l]os límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública solo podrán superarse en caso de...». Es evidente que el artículo de la Constitución no podía hacer referencia ni a la regla de gasto ni al destino obligatorio del superávit, toda vez que ambas reglas se introdujeron *ex novo* en la LOEPSF. Por su parte, en el artículo 11.3 LOEPSF se establece que «[e]xcepcionalmente, el Estado y las Comunidades Autónomas podrán incurrir en déficit estructural en caso de...». Igualmente, en el artículo 13.3 LOEPSF se realiza un reenvío a este apartado, al señalarse que los «límites de deuda pública solo podrán superarse por las circunstancias y en los términos previstos en el artículo 11.3 de esta Ley». No existen otras cláusulas semejantes en relación a la regla de gasto ni al destino obligatorio del superávit.

La interpretación literal de lo anterior conduce a una clara conclusión: solo quedan exceptuados los objetivos de déficit y deuda públicos. Sin embargo, una interpretación sistemática que tenga en cuenta que tanto la regla de gasto como el destino del superávit tienen como fin último, aunque no exclusivo, la consecución de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública, aconsejaría entender que también puede el Congreso excepcionar la aplicación de estas dos reglas fiscales, a pesar de que el tenor literal de la Constitución y de la LOEPSF no lo contemplan.

(15) Así, por ejemplo, se autorizó el uso de un máximo de 300 millones de euros para gastos de inversión incluidos en la política de gasto 23 (servicios sociales y promoción social) así como, de manera extraordinaria, para el pago de prestaciones sociales (art. 3 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). Posteriormente, se permitió que se usara el 7% del superávit de 2019 para financiar gastos de inversión en vehículos eléctricos puros o con etiqueta ambiental CERO (art. 6 del Real Decreto-ley 23/2020, de 23 de junio, por el que se aprueban medidas en materia de energía y en otros ámbitos para la reactivación económica).

(16) Real Decreto-ley 27/2020, de 4 de agosto, de medidas financieras, de carácter extraordinario y urgente, aplicables a las entidades locales.

De manera similar a lo anterior, cabe preguntarse si el «equilibrio presupuestario» que han de presentar las entidades locales conforme a lo ordenado en el artículo 135.2 CE puede, o no, ser excepcionado por la apreciación mayoritaria del Congreso de los Diputados.

De nuevo, la interpretación literal tanto del artículo 135.4 CE como del artículo 11.3 LOEPSF excluye a las entidades locales de esta excepción. Ahora bien, es cierto que la referencia genérica a las «Administraciones Públicas» que aparece en el artículo 135.5 CE podría servir para intentar defender la posición contraria. Por nuestra parte, aun reconociendo que la cuestión dista de ser clara, entendemos que cabe de nuevo acudir a una interpretación sistemática y teleológica del precepto, en virtud de la cual se debe entender que las circunstancias extraordinarias afectan a todas las Administraciones públicas y, por tanto, también habrán de excepcionar el cumplimiento del específico objetivo de estabilidad presupuestaria que se impone a las entidades locales, que es el equilibrio presupuestario (17).

En cualquier caso, a pesar de la notable incertidumbre que existe en torno a las concretas consecuencias de la declaración del Congreso, lo cierto es que se ha asumido la interpretación dada por el Ministerio de Hacienda (sin que conste una oposición formal relevante), en virtud de la cual no solo han quedado en suspenso los objetivos de déficit y deuda para 2020 y 2021, sino que también se extiende a la regla de gasto, al destino obligatorio del superávit y a las medidas correctivas y coercitivas, salvo las medidas automáticas de corrección previstas en el artículo 20 de la LOEPSF (18).

IV. LAS REGLAS FISCALES TRAS LA COVID-19: UNA PROPUESTA DE MEJORA

1. CAMBIOS EN LA REDACCIÓN DE LAS REGLAS

Previamente a cualquier otra consideración, sería necesario modificar tanto el límite de déficit estructural fijado en el artículo 11.2 LOEPSF como el de deuda que consta en el artículo 13 LOEPSF. O bien se realiza una remisión a la normativa de la Unión Europea o bien, para el caso de que se quisiera establecer objetivos nacionales aún más ambiciosos, deberían fijarse metas creíbles.

Igualmente, tal y como se ha puesto de manifiesto en el epígrafe anterior, otra modificación legislativa que sería recomendable tiene que ver con los efectos de la apreciación por parte del Congreso de una situación excepcional que justifica la suspensión de las reglas fiscales.

(17) A esta conclusión también se llega en MARCO PEÑAS, E., «Suspensión de las reglas fiscales a los entes locales: un giro copernicano», 2020, Blog del IDL-UAM, disponible en <http://www.idluam.org/blog/suspension-de-las-reglas-fiscales-a-los-entes-locales-un-giro-copernicano-segunda-parte/>

(18) Esta es la opinión expresada en el documento «Preguntas frecuentes sobre las consecuencias de la suspensión de las reglas fiscales en 2020 y 2021 en relación con las comunidades autónomas y las entidades locales», disponible en https://www.hacienda.gob.es/CDI/Estabilidad%20Presupuestaria/FAQ_SUSPENSI%C3%93N_DE_REGLAS_FISCALES.pdf

Así, en consonancia con lo ya expuesto, sería deseable que se explicitara qué reglas fiscales pueden ser objeto de suspensión y qué Administraciones se pueden ver afectadas. Teniendo en cuenta que se trata de situaciones que suponen una perturbación inusual de la actividad económica, la suspensión debería alcanzar a todas las reglas fiscales, no solo a los objetivos de déficit y de deuda. Igualmente, *a priori* no hay razón para entender que la excepcional situación solo vaya a afectar a una Administración pública y no al resto.

Por tanto, sería oportuna una reforma de la LOEPSF en virtud de la cual la apreciación mayoritaria del Congreso de los Diputados, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 135 CE, habría de especificar las normas fiscales que deja en suspenso y las Administraciones públicas concernidas, de manera que no se deje a la interpretación del Ministerio de Hacienda las concretas consecuencias de dicha apreciación.

En segundo lugar, es necesario reformar la configuración de la regla de gasto en un doble sentido: por un lado, la actual normativa da igual trato a las Administraciones que cumplen los objetivos de deuda pública y estabilidad y a las que no, lo que es incongruente con la sostenibilidad financiera que se dice perseguir; y, por otro lado, no se ha producido un desarrollo legal o reglamentario que se refiera a cómo se ha de calcular la regla de gasto (cuál ha de ser la base de cálculo, qué significa exactamente «cambios normativos que supongan aumentos permanentes de la recaudación», qué ajustes se han de llevar a cabo, etc.).

A fin de remediar estas insuficiencias, es muy recomendable que la regla de gasto, como ya sugirió la última Comisión de Expertos (19), sea flexibilizada, de suerte que se permita un mayor incremento de gasto a aquellas Administraciones que, de forma recurrente, cumplen con sus objetivos de estabilidad y deuda pública (20). En particular, el nivel de gasto computable que se apruebe para toda España debería modularse para cada Administración, en función del volumen de endeudamiento neto medido como porcentaje de los ingresos corrientes liquidados en el último ejercicio. En consecuencia, las Administraciones menos endeudadas verían incrementadas sus posibilidades de gasto.

La reforma de la regla de gasto debería ir acompañada de la modificación del destino obligatorio del superávit presupuestario (art. 32 LOEPSF). En efecto, la actual obligación de destinar el superávit a la amortización anticipada de deuda presenta los mismos errores de configuración que se han apuntado respecto de la regla de gasto: trata de manera uniforme a todas las Administraciones (a pesar de que sus condiciones financieras son notoriamente distintas) y resulta excesivamente rígida para aquellas que estén financieramente saneadas. De ahí que se proponga ajustar la norma a la realidad de cada Administración: cuanto más endeudada esté, más deberá destinar a amortizar anticipadamente su deuda.

Como ya se expuso, el legislador fue consciente del excesivo rigor tanto de la regla de gasto como del destino obligatorio del superávit y creó la figura de la IFS, con el propósito de ofrecer una válvula de escape a aquellas Administraciones (sobre todo entidades locales) que contaban con una alta capacidad de financiación

(19) Vid. AAVV, *Informe de la Comisión de Expertos para la Revisión del Modelo para la Financiación Local*, de julio de 2017, pp. 15 y 16.

(20) Algunas de las principales líneas de reforma de la regla de gasto se expusieron en UTRILLA DE LA HOZ, A., «La aplicación de la regla de gasto a las Corporaciones Locales: justificación, consecuencias y líneas de reforma», *Anuario de Derecho Municipal 2017*, núm. 11, 2018, pp. 176-199.

y un escaso endeudamiento. Quizás fue un intento bienintencionado pero los efectos han sido desalentadores: no se ha aprovechado una gran parte del superávit generado (21) y se ha limitado injustificadamente la autonomía de cada Administración para atender los gastos que estime oportunos, que no tienen por qué ser necesariamente de inversión. Cumple poner fin a la artificial excepción de las IFS: asegurada la estabilidad presupuestaria y la reducción de deuda, cualquier otra restricción al gasto es superflua y contraproducente.

Por último, como cierre del sistema y en total lógica con el fin que persiguen medidas de prudencia financiera como la regla de gasto, se propone que todas las Administraciones saneadas –siguiendo el modelo de la Seguridad Social– constituyan un fondo de reserva al que pueda acudir ante situaciones adversas. Así, por ejemplo, se podría establecer que la Administración que hubiese cerrado el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior sin deuda aportará obligatoriamente, al menos, un porcentaje de su superávit a su específico fondo de reserva, al que solo podrán acudir en determinadas condiciones específicamente tasadas.

2. CAMBIOS EN LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS

No solo se ha de mejorar la normativa que establece las reglas fiscales, sino que también se ha de revisar su forma de aplicación (22). En efecto, anteriormente se ha expuesto que la regla de gasto es muy estricta en su formulación. Sin embargo, su cumplimiento efectivo dista mucho de serlo. En efecto, si se atiende a los ejercicios 2015-2019, en los que la recuperación económica permitió a las Administraciones incrementar su gasto público (esta limitación en tiempos de crisis no es tan relevante), se observa que la Administración Central incumplió la regla de gasto en 2015, 2016, 2018 y 2019. Por su parte, las comunidades autónomas en su conjunto incumplieron la regla de gasto en 2015, 2017, 2018 y 2019. Por último, las corporaciones locales, que tan injustamente son en ocasiones tachadas de despilfarradoras, solo incumplieron la regla de gasto en 2015 por muy poco margen (cuatro décimas) y en 2019. Esto es, atendiendo a los últimos cinco años anteriores a la pandemia, se puede concluir que esta regla ha sido cumplida, en general, por las corporaciones locales e incumplida sistemáticamente por las comunidades autónomas y el Estado.

A pesar de que este cumplimiento desigual obedece a buen seguro a varios factores (entre los que se encuentra la elasticidad de sus respectivos gastos), es posible que uno de ellos tenga que ver con la institución encargada de supervisar el cumplimiento de la norma. En efecto, las corporaciones locales son examinadas por el Ministerio de Hacienda o por la comunidad autónoma, en aquellos casos en los que tengan asumida la tutela financiera. Como ya se dijo, los detalles acerca de

(21) Se pueden consultar los informes anuales que publica el Ministerio de Hacienda al respecto en <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/CDI/Paginas/SistemasFinanciacionDeuda/InformacionELLS/InformeInversi%C3%B3nFinancieramenteSostenible.aspx>.

(22) La deficiente aplicación de las reglas fiscales no es una cuestión específica española, sino que ha sido relativamente común en la Unión Europea, como se pone de manifiesto en EYRAUD, L. y WU, T., «Playing by the Rules: Reforming Fiscal Governance in Europe», IMF Working Paper 15/67, 2014.

cómo se ha de calcular la regla de gasto no están recogidos en ninguna norma, ni siquiera en una con carácter reglamentario. Esto genera una inapropiada inseguridad jurídica, que otorga un margen de discrecionalidad demasiado amplio a la Administración tutelante, lo que puede deparar, llevado al extremo, en arbitrariedad. En efecto, existe un problema real en la aplicación de esta regla, ya que se están adoptando criterios diferentes para su cálculo, tal y como ha puesto de manifiesto la AIReF(23).

En el caso de las comunidades autónomas, el Gobierno (y en particular, el Ministerio de Hacienda) tiene atribuidas importantes potestades de tutela(24), si bien la aprobación de los planes económico-financieros y los planes de reequilibrio corresponderá al Consejo de Política Fiscal y Financiera. Por su parte, la Administración Central en líneas generales se autotutela, salvo en lo que tiene que ver con la aprobación del plan económico-financiero y el plan de reequilibrio, que corresponderá teóricamente a las Cortes Generales, si bien no consta que tal cosa se haya hecho nunca(25).

Este esquema tan asimétrico de tutela, en el que se entremezcla lo jurídico y lo político, es claramente mejorable, sobre todo en lo que tiene que ver con el efectivo cumplimiento de las reglas fiscales por parte de la Administración Central y las comunidades autónomas. Así, entiendo que la supervisión del cumplimiento de estas reglas fiscales no se debe atribuir a las Administraciones tutelantes, sino a los órganos de fiscalización externa (Tribunal de Cuentas y órganos análogos autonómicos), de forma que se asegure una aplicación de las normas que sea lo más rigurosa e imparcial que resulte posible.

En definitiva, de la pandemia se pueden extraer dos conclusiones relacionadas con las reglas fiscales. En primer lugar, como es evidente, que es necesario prever su suspensión temporal, en tanto que la elevación del gasto público es esencial para afrontar este tipo de crisis. En segundo lugar, y esto a veces se olvida, se ha reforzado la importancia de asegurar la sostenibilidad financiera de las Administraciones en tiempos de normalidad, ya que un presupuesto equilibrado y un bajo endeudamiento permiten un mayor margen de maniobra fiscal a los Estados en caso de situaciones excepcionales como la vivida.

V. BIBLIOGRAFÍA

AAVV, *Informe de la Comisión de Expertos para la Revisión del Modelo para la Financiación Local*, de julio de 2017.

(23) AIReF, «Informe sobre las líneas fundamentales de los presupuestos de 2018 de las entidades locales», p. 43, 2017

(24) La preeminencia del Estado respecto del resto de Administraciones territoriales en lo referente a la estabilidad pública ha suscitado dudas de constitucionalidad, que fueron resueltas (en relación a la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria y a la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la Ley General de Estabilidad Presupuestaria) en la STC 134/2011; y en la 215/2014, en relación a la LOEPSF.

(25) Para una crítica de esta cuestión, *vid.* MARTÍNEZ LÓPEZ, D., «La gobernanza fiscal de las Comunidades Autónomas. Una valoración crítica de su estado actual con perspectivas de reforma», *Investigaciones Regionales, Journal of Regional Research*, 2020/2(47), pp. 31-56.

- AGUILAR, P.; ARCE, O.; HURTADO, S.; MARTÍNEZ-MARTÍN, J.; NUÑO, G., y THOMAS, C., «La respuesta de la política monetaria del banco central europeo frente a la crisis del COVID-19», *Documentos Ocasionales* núm. 2026, Banco de España, 2020.
- AIREF, «La Regla de Gasto y la sostenibilidad de las finanzas públicas», 2015.
- «Informe sobre las líneas fundamentales de los presupuestos de 2018 de las entidades locales», 2017.
- BLANCHARD, O.; LEANDRO, A., y ZETTELMEYER, J., «Redesigning EU Fiscal Rules: From Rules to Standards», Peterson Institute for International Economics, Working Paper 21-1, February 2021, disponible en <https://www.piie.com/sites/default/files/documents/wp21-1.pdf>.
- CARRIÓN ÁLVAREZ, M., «Eurozone fiscal reform in light of COVID-19: a review of existing proposals», Funcas Europe, marzo 2021, disponible en <https://www.funcas.es/articulos/eurozone-fiscal-reform-in-light-of-COVID-19-a-review-of-existing-proposals/>.
- CORDES, T.; KINDA, T.; MUTHOORA, P., y WEBER, A., «Expenditure Rules: Effective Tools for Sound Fiscal Policy?», IMF Working Paper 15/29, 2015.
- EYRAUD, L., y Wu, T., «Playing by the Rules: Reforming Fiscal Governance in Europe,» IMF Working Paper 15/67, 2014.
- MANGAS MARTÍN, A., «El Tribunal Constitucional alemán y su “fuego amigo” sobre el Tribunal de Justicia de la UE y el BCE», *Análisis del Real Instituto Elcano* (ARI), núm. 72, 2020.
- MARCO PEÑAS, E., «Suspensión de las reglas fiscales a los entes locales: un giro copernicano», 2020, *Blog del IDL-UAM*, disponible en <http://www.idluam.org/blog/suspension-de-las-reglas-fiscales-a-los-entes-locales-un-giro-copernicano-segunda-parte/>
- MARTÍNEZ LAGUNA, F. D., «La reforma del artículo 135 de la constitución española: efectos y consecuencias jurídicas de la reforma», *RJUAM*, núm. 24, 2011-II, pp. 119-140.
- MARTÍNEZ LÓPEZ, D., «La gobernanza fiscal de las Comunidades Autónomas. Una valoración crítica de su estado actual con perspectivas de reforma», *Investigaciones Regionales*, *Journal of Regional Research*, 2020/2(47), pp. 31-56.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, C., «La regla de gasto en España: “el diablo está en los detalles”», *Blog del Almacén de Derecho*, 1 de junio 2018, disponible en <https://almacenderecho.org/la-regla-gasto-espana-diablo-esta-los-detalles>
- UTRILLA DE LA HOZ, A., «La aplicación de la regla de gasto a las Corporaciones Locales: justificación, consecuencias y líneas de reforma», *Anuario de Derecho Municipal* 2017, núm. 11, 2018, pp. 176-199.

DERECHO DE SUBVENCIONES EN Y A PARTIR DE LA PANDEMIA

Begoña SESMA SÁNCHEZ*

Resumen

La actividad subvencional desplegada por las Administraciones públicas desde la declaración del (primer) estado de alarma el 14 de marzo de 2020 ha sido desigual. Mientras que en la Administración estatal se han utilizado otras vías de estímulo y protección para las personas y empresas afectadas por la pandemia (avales públicos, moratorias, expedientes de regulación de empleo, medidas fiscales), tanto las CCAA como las EELL han hecho un uso notable de las subvenciones públicas (especialmente en el ámbito social o asistencial vinculadas al ejercicio de actividades económicas) a través de concesiones directas, aligerando la tramitación formal y material de los expedientes y ampliando los plazos de ejecución y justificación de la actividad subvencionada. Salvo recomendaciones informales de la IGAE con relación a la BDNS no ha habido una modificación sustancial del régimen jurídico de las subvenciones. En cambio, a la vista de las singularidades contenidas en el RDL 36/2020, de 30 de diciembre, para articular las subvenciones que se deriven de los fondos NGEU, se advierte un régimen excesivamente centralizado que provocará tensiones competenciales y previsiblemente arrojará problemas de gestión y riesgos derivados de la escasez de controles para asegurar la objetividad, concurrencia, igualdad, eficiencia, transparencia y cumplimiento de los fines de estas singulares ayudas financiadas con fondos europeos en la época de la pospandemia.

Palabras clave

Subvenciones, ayudas, COVID.

Abstract

The subsidy activity deployed by public administrations since the declaration of the (first) state of alarm on 14 March 2020 has been uneven. While the State Administration has used other means of stimulus and protection for individuals and firms affected by the pan-

* Catedrática de Derecho Financiero y Tributario, Universidad de Oviedo.

demic (public guarantees, moratoriums, redundancy plans, tax measures), both the regional and local governments have made notable use of public subsidies (especially in the social or welfare sphere and in the exercise of economic activities) through direct concessions, easing the formal and material processing of applications and extending the deadlines for the execution and justification of the subsidised activity. Apart from informal recommendations by the IGAE in relation to the BDNS, there has been no substantial modification of the legal regime for subsidies. On the other hand, in view of the singularities included in RDL 36/2020, of 30 December to articulate the subsidies NGEU funds, an excessively centralised system is observed, which will cause competence problems and will foreseeably lead to management problems and risks derived from the scarcity of controls to ensure objectivity, concurrence, equality, efficiency, transparency and compliance with the purposes of these singular subsidies financed with European funds in the post-pandemic era.

Keywords

Subsidies, grants, COVID.

SUMARIO: I. Introducción. II. La heterogeneidad de medidas adoptadas para paliar los efectos derivados de la pandemia: más ayudas «por» que subvenciones «para». III. Características de la potestad subvencional desarrollada por cada nivel administrativo. IV. Incidencia del COVID-19 en el ámbito del procedimiento subvencional. V. Singularidades de las subvenciones vinculadas a los fondos *Next Generation EU*. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

LAS crisis económicas, y la sanitaria actual que vivimos con motivo del COVID-19 está teniendo un impacto brutal en la vulnerabilidad social de muchas personas y familias y en la actividad económica de muchos sectores, tradicionalmente se han combatido con subvenciones y ayudas. No solo con este tipo de medidas, desde luego, pero sí es notorio el incremento de gasto público social articulado mediante la concesión de entregas dinerarias gratuitas sin contraprestación «sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido», que es uno de los requisitos esenciales de la definición de «subvención pública» contenida en el artículo 2 de la Ley General de Subvenciones (Ley 38/2003, de 17 de noviembre, en adelante, LGS).

Pues bien, la potestad subvencional desplegada por las diferentes Administraciones públicas desde la declaración del (primer) estado de alarma el 14 de marzo

de 2020 mediante el RD 463/2020, de 14 de marzo, analizada desde una perspectiva jurídico financiera, presenta algunas singularidades que afectan tanto a su vertiente territorial (diferentes tiempos y ámbitos subvencionados en función de la administración estatal, autonómico o local subvencionadora), material (tipología de actividades, beneficiarios y sectores subvencionados), financiera (mecanismos presupuestarios habilitados para financiar las diferentes líneas de subvenciones) y procedimental (variaciones en alguna de las fases del procedimiento subvencional de establecimiento, convocatoria, concesión, justificación, control y reintegro). Ahora bien, conviene anticipar que, a diferencia de otros ámbitos (contratación pública) el régimen jurídico de las subvenciones ha permanecido sustancialmente invariable: no ha habido concesiones de emergencia, ni pagos anticipados sin garantías, ni una aligeración notable de trámites. Sí se aprecian, en cambio, diferencias entre las subvenciones articuladas durante los dos periodos de estado de alarma (14 de marzo a 21 de junio de 2020 y 25 de octubre de 2020 a 9 de mayo de 2021, computadas las distintas prórrogas) y las previstas con cargo a los denominados fondos *Next Generation EU*, esto es entre el derecho de subvenciones durante la pandemia y con posterioridad a ella.

II. LA HETEROGENEIDAD DE MEDIDAS ADOPTADAS PARA PALIAR LOS EFECTOS DERIVADOS DE LA PANDEMIA: MÁS AYUDAS «POR» QUE SUBVENCIONES «PARA»

Con el fin de proteger el tejido productivo y evitar un impacto estructural sobre la economía en nuestro país se han desplegado diferentes paquetes de medidas para apoyar los sectores productivos más afectados por las restricciones a la libre circulación, asociadas al cierre temporal de negocios, a las limitaciones de apertura, aforo y horarios de negocios o la suspensión de actos públicos de múltiples empresas no financieras y autónomos. Así, se les ha facilitado liquidez mediante créditos con aval público –ayudas que no constituyen subvenciones públicas según lo establecido en el artículo 2.4.h) LGS–, aplazamientos y moratorias (muy limitadas) en el pago de ciertas deudas tributarias y en el pago de cotizaciones, facilidades para la devolución de préstamos, ayudas directas para el pago de salarios (Expedientes de Regulación Temporal de Empleo, ERTes) y cotizaciones sociales, prestaciones extraordinarias para autónomos, ajustes fiscales (renuncias al método de estimación objetiva, cómputo de pérdidas fiscales) o flexibilizaciones en el cómputo de ciertos gastos (alquileres).

En particular, los mecanismos empleados para paliar las pérdidas empresariales han sido muy dispares. Además de facilitar la liquidez mediante la habilitación de avales vinculados a préstamos públicos (aunque finalmente puedan ser entidades financieras privadas quienes recuperen el dinero público prestado), se han articulado compensaciones para reequilibrar la situación económico financiera de ciertos concesionarios, bien como mecanismo general (art. 34 RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19), bien con una regulación específica como ha sido el caso de los servicios de transporte de personas por carretera (RDL 26/2020, de 7 de

julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda).

En otros casos, en cambio, se han utilizado mecanismos más «sofisticados», con *casi* de nacionalización de empresas, como la creación mediante el Real Decreto Ley 25/2020, de 3 de julio, del *Fondo de apoyo a la solvencia de empresas estratégicas*, dotado con 10.000 millones de euros y gestionado a través de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) para articular la participación con capital público en empresas estratégicas para el tejido productivo español y regional «que sean fundamentalmente viables pero que afronten problemas extraordinarios de solvencia como consecuencia de la COVID-19 y no tenga acceso a otras fuentes de financiación» –algunos de los ejemplos conocidos hasta la fecha permitan albergar dudas del cumplimiento de estos requisitos. Desde luego, la atribución de carácter reservado a los datos, documentos e informaciones de estas participaciones estratégicas (art. 2.17) está muy lejos de los estándares de transparencia y objetividad que deben guiar toda disposición de fondos públicos. Con posterioridad, a través del RDL 5/2021, de 12 de marzo, para apoyar a aquellas empresas viables con problemas de solvencia derivados de la COVID-19 que no pueden acceder a aquel Fondo gestionado por la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), se ha creado un nuevo *Fondo de recapitalización de empresas afectadas por COVID*, dotado con 1.000 millones de euros, gestionado por COFIDES y adscrito al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo a través de la Secretaría de Estado de Comercio, todavía pendiente de la regulación de detalle.

En otras ocasiones (pymes y autónomos) se ha acudido a la concesión directa o en régimen de concurrencia no competitiva de subvenciones y ayudas con la particularidad, en estos supuestos, de utilizarse financiación estatal, autonómica y local, si bien, en líneas generales, cabe señalar que la iniciativa subvencional –que no se olvide que es un gasto público directo– ha estado en manos, principalmente, de CCAA y de EELL. A ellas me referiré posteriormente.

Por otra parte, también se han diseñado instrumentos de claro perfil social y asistencial como el Ingreso Mínimo Vital (IMV) configurado técnicamente como una «prestación no contributiva de la Seguridad Social», a través del Real Decreto Ley 20/2020, de 29 de mayo, al objeto de garantizar un nivel mínimo de renta a quienes se encuentren en una situación de vulnerabilidad económica y con el objetivo de garantizar una mejora de oportunidades reales de inclusión social y laboral de las personas beneficiarias (art. 1). La compleja tramitación y gestión de esta prestación –que no subvención–, máxime teniendo en cuenta el perfil de sus beneficiarios, solapada con figuras similares autonómicas, arroja hasta la fecha un balance poco satisfactorio.

En definitiva, en el contexto de esta heterogénea variedad de medidas se han articulado verdaderas subvenciones públicas aunque, en muchos casos, dado el perfil social o asistencial de las mismas, se han concebido no tanto para fomentar la realización de una determinada actividad o proyecto, como para «compensar» o «paliar» una situación de vulnerabilidad económica. De ahí que en muchos casos se haya optado por la denominación de «ayuda» en vez de la de «subvención». Como ya he señalado en otras ocasiones, es de lamentar que la LGS no hubiera acogido la regulación también de otras «ayudas» que, por su carácter social o asistencial o su estructura (préstamos bonificados, participaciones en empresas estratégicas, avales...) están huérfanas de una debida regulación y quedan al margen de

unos principios comunes (igualdad, concurrencia, objetividad, transparencia, eficiencia, eficacia) que deberían exigirse en todas ellas. Por otra parte, procede señalar que la excepcionalidad y temporalidad de las subvenciones y ayudas vinculadas al COVID se aprecia igualmente en la flexibilización del «Marco temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote del COVID-19» adoptado por la Comisión Europea el 19 de marzo de 2020 y en la flexibilización excepcional para el uso de los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos, en respuesta al brote de COVID-19 (Reglamento (UE) 2020/558 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2020).

Aplicada esta consideración a la situación que analizamos, parece evidente que no tiene la misma intensidad ni merece la misma regulación la ayuda concedida a familias vulnerables afectadas por el COVID-19 (para el pago de alquiler, como compensatoria de gastos escolares, de comedor y transporte), la ayuda concedida a un autónomo para compensar el cierre de su negocio, la ayuda concedida a una gran empresa turística o la concedida a pymes para mejorar la digitalización de su negocio. No es lo mismo entregar fondos públicos gratuitos «para» que «por». En el primer caso, la igualdad, concurrencia y objetividad en la concesión así como la articulación de sistemas de control resultan fundamentales. En el segundo caso, basta la verificación de que concurren determinados requisitos para acceder a una ayuda que generalmente se entrega en régimen de concurrencia no competitiva. En definitiva, lo que se pretende señalar es que la potestad subvencional durante la pandemia ha recurrido más a la figura de la «ayuda por». En cambio, la que se prevé tras la «arribada» de los fondos europeos, encajaría mejor en el concepto estricto de «subvención para».

III. CARACTERÍSTICAS DE LA POTESTAD SUBVENCIONAL DESARROLLADA POR CADA NIVEL ADMINISTRATIVO

La potestad subvencional se ha ejercido de distinto modo por cada una de las Administraciones territoriales, si bien con un objetivo común: la protección social de las familias y ciudadanos más vulnerables (ayudas sociales) y la de los sectores y actividades económicas más afectados por la paralización de la actividad y las restricciones derivadas de los confinamientos, aperturas y ejercicio.

A. La Administración del Estado ha recurrido en mayor medida a esa amplia heterogeneidad de figuras (avales, aplazamientos, participaciones estratégicas, moratorias, prestaciones laborales, ajustes fiscales...) que a las verdaderas subvenciones. Un análisis de los datos recogidos en la BDNS desde marzo del 2020 hasta mayo 2021 revela que, si bien se han mantenido líneas de subvenciones «tradicional» y anualmente convocadas así como varias nominativas, las vinculadas específicamente a paliar las consecuencias del COVID han sido escasas. No obstante, como ejemplos destacados pueden citarse las relativas a diversos organismos y entidades del sector turístico (Real Decreto 866/2020, de 29 de septiembre, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a diversos organismos y entidades del sector turístico por el Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, durante el ejercicio presupuestario 2020), a la paralización de la actividad pesquera (Real

Decreto 703/2020, de 28 de julio, por el que se aprueban las bases reguladoras de las ayudas a la paralización temporal de la actividad pesquera para poder hacer frente al impacto económico y social derivado de la pandemia de COVID-19) y a las salas cinematográficas (Resolución 30 de julio de 2020 de la Dirección General del Instituto de la Cinematografía y de las Artes Audiovisuales por la que se establece las condiciones y se convocan las ayudas de concesión directa para titulares de salas de exhibición cinematográfica destinadas a sufragar gastos realizados en el año 2020 derivados de la crisis de la COVID-19).

Singular mención merecen las ayudas aprobadas a través del Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19. Esta norma creó una nueva Línea COVID de ayudas directas a autónomos y empresas para reducir el endeudamiento suscrito a partir de marzo de 2020. Con cargo a esta línea de financiación, dotada de una cuantía total de 7.000 millones de euros, se canalizarán ayudas directas a las empresas y autónomos cuya actividad se ha visto más negativamente afectada por la pandemia. Se trata de ayudas directas que tendrán carácter finalista, en las cuales el importe debe destinarse, según se describe en la Exposición de motivos, de dicha norma a «satisfacer la deuda y realizar pagos a proveedores y otros acreedores, financieros y no financieros, así como los costes fijos por ejemplo, relativos al suministro de energía y al coste de cambio de potencia, incurridos por los autónomos y empresas considerados elegibles, primando la reducción del nominal de la deuda con aval público, siempre y cuando estas deudas se hayan devengado a partir de 1 de marzo de 2020 y procedan de contratos anteriores a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley». El objetivo de esta línea es financiar el pago de costes fijos como los relativos al suministro de energía y a los cambios en las pautas de consumo y de potencia demandada, el pago a proveedores, la reducción de las deudas derivada de la actividad económica y, en caso de quedar remanente, deudas con acreedores bancarios. Ahora bien, «esta línea COVID de subvenciones se canaliza íntegramente a través de las CCAA» (a partir de una distribución proporcional con base en indicadores de renta, desempleo y desempleo juvenil) a quienes corresponde la convocatoria, tramitación, gestión, resolución, abono y controles previos y posteriores al pago. En esa fase estamos al momento de realizar este trabajo.

Por otra parte, esta norma habilita al Gobierno para adoptar medidas adicionales de flexibilización de los préstamos dotados con aval público, permitiendo así que esta financiación se incorpore a los procesos de refinanciación y reestructuración pactados entre los bancos y sus clientes y, por lo tanto, protegiendo la estabilidad financiera. Para ello, se crea una «segunda Línea para la reestructuración de deuda financiera COVID, de 3.000 millones de euros», para permitir, como último recurso tras la articulación del resto de medidas de apoyo a la solvencia, la conversión de parte del aval público en transferencias a las empresas y autónomos más afectados por la crisis que cumplan con los requisitos establecidos por Acuerdo de Consejo de Ministros, dentro de un acuerdo alcanzado con las entidades financieras acreedoras». De este modo se habilita una línea de subvenciones para financiar, a su vez, parte de los préstamos garantizados con aval público, aunque más selectiva en este caso puesto que solamente se destinarían a aliviar la carga financiera de empresas viables con problemas puntuales de solvencia. La norma prevé que «Las características de las empresas y autónomos elegibles para las medidas se determinarán por desarrollo normativo posterior a través de Acuerdo del Consejo de Minis-

tros. En cualquier caso, para su elegibilidad, será necesario que la empresa o autónomo, en los casos en que le sea aplicable y siempre que el plazo de solicitud estuviera vigente, haya solicitado previamente las medidas de ampliación de plazos y carencias, recogidas en el Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre». En el momento de cerrar este trabajo, todavía no se han aprobado las normas de detalle de estas «subvenciones de crédito», pero de nuevo se atisba el riesgo de una excesiva discrecionalidad en los indicadores que permitirán la selección de las empresas beneficiarias de estas «subvenciones de crédito».

Por otro lado, en el ámbito estatal, es remarcable que la financiación de estas subvenciones y ayudas estatales se ha realizado bien mediante la creación (o ampliación de la dotación) de «nuevos Fondos sin personalidad jurídica» (como los que amparan la participación en empresas estratégicas y otras empresas afectadas por el COVID o el recientemente creado por el RDL 36/2020, de 31 de diciembre, denominado *Fondo de restauración ecológica y resiliencia*, FRER), bien mediante la habilitación de créditos extraordinarios a financiar con Deuda pública (Línea COVID para pymes y autónomos) o ampliaciones de crédito (caso de los avales) u otros ajustes presupuestarios utilizando fondos y financiación europea. No procede, por supuesto, adentrarse ahora en el abuso de esta categoría de «fondos sin personalidad jurídica», habilitados legalmente en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, en los últimos años, pero no puede obviarse que esta figura creada para huir del derecho presupuestario, como señalara el Consejo de Estado, no son sino meras masas patrimoniales sin unidad organizativa alguna, huérfanas de un verdadero régimen jurídico que permita identificar quien decide el destino de esos fondos.

B. Las CCAA han sido, en mi opinión, las verdaderas administradoras de subvenciones durante la pandemia. Con sus respectivas singularidades en cuanto a la forma de articularlas (Decretos Leyes, Bases reguladoras o bases reguladoras y convocatorias acumuladas), han establecido líneas de subvenciones (generalmente de concesión directa o en régimen de concurrencia no competitiva) para los sectores de su ámbito territorial más perjudicados por la pandemia. Desde el punto de vista temporal, se han concentrado en su mayoría en el último trimestre del 2020 y en el primer trimestre de 2021 (con alguna excepción como Canarias que comenzó en abril de 2020). El censo de sus beneficiarios es tan extenso como el de actividades económicas clasificadas afectadas de algún modo por la paralización total, parcial o con restricciones de su actividad. Desde concesionarios, empresas y autónomos del ocio deportivo y escolar, hoteles, negocios rurales, hostelería, comercio, autoescuelas, agencias de viaje... Y ello sin perjuicio de las ayudas de contenido social (por ejemplo, para contribuir al pago de alquileres de vivienda habitual). En su mayoría, a los efectos de facilitar la gestión, se han establecido cuantías fijas en atención a diversos parámetros (número de trabajadores, número de locales y establecimientos, ponderación de las restricciones en cada caso), en modalidad de pago único, con una tramitación electrónica acelerada y con una importante flexibilización del soporte documental justificativo para acceder a la ayuda, en muchos casos, limitada a la simple presentación de una declaración responsable acreditativa de encontrarse en la situación que legitima la solicitud de la ayuda.

C. Las administraciones locales, en el contexto del COVID-19, han ejercido su potestad subvencional especialmente en el ámbito de la asistencia social y de la protección de sus empresas y autónomos más afectados por la paralización de la actividad económica. En el ámbito social y asistencial, en sentido amplio, han teni-

do amparo en el RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, que habilitó a las entidades locales a realizar no solo gastos en inversiones (capítulo 6) de la política 23 «Servicios Sociales y Promoción Social», sino también, con carácter excepcional, a realizar gasto corriente destinado a las siguientes prestaciones (art. 1.2), todas ellas de claro contenido social o asistencial, tales como refuerzo de las ayudas domiciliarias para compensar el cierre de comedores, colegios, centros de día, ocupacionales y similares, ayudas para la adquisición de equipos de protección sanitaria o para la protección de familias especialmente vulnerables destinadas al pago de suministros básicos, entre otras. Se trata de un perfil de subvenciones que, aún siendo necesario, cabría cuestionarse en términos de eficiencia económica dado el elevado coste de gestión que implica una concesión individualizada de ayudas que, en muchos casos, suponen importes mínimos inferiores en muchos casos a los 100 euros. De ahí que, en muchos supuestos, a mi juicio, fuera preferible –como ha sucedido en algunas entidades locales– su articulación a través de convenios de colaboración con otro tipo de entidades (Cruz Roja, Cáritas, Fundaciones y Asociaciones vinculadas a servicios sociales, Escuelas-Hogar...).

Mayores problemas ha supuesto la identificación de una competencia municipal para aprobar subvenciones y ayudas dirigidas a actividades económicas (turismo, comercio, hostelería). De ahí que se hayan articulado al amparo de una interpretación expansiva de la competencia de «emergencia social» referida al tejido productivo [art. 25.2.e) LBRL], de competencias en materia de salubridad pública [art. 25.2.j) LBRL] respecto de subvenciones vinculadas a la compra de equipos de protección sanitarios (mascarillas, guantes, pantallas protectoras...) o gastos de acondicionamiento de los locales para estos fines, del título de intervención genérico del artículo 25.1 LBRL que habilita al municipio a «promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo» o de la competencia local en «asuntos de interés general» (art. 7.4 LBRL).

Por otro lado, las entidades locales no solo han acudido a la concesión directa o en régimen de concurrencia no competitiva de subvenciones a autónomos y pymes de los sectores principalmente afectados, entregando cantidades fijas o variables (en función del número de trabajadores y superficie, principalmente) destinadas a compensar las pérdidas de ingresos asociadas a la paralización de la actividad o a sufragar gastos corrientes derivados de las limitaciones impuestas por las autoridades sanitarias (adecuación de terrazas, adquisición de material sanitario...). También han utilizado como alternativa medidas fiscales (bonificaciones de tributos locales, exenciones en el pago de tasas de ocupación del dominio público, suspensión o diferimiento de los plazos de pago...) e, incluso, una combinación de ambas: las subvenciones directas para el pago de impuestos municipales con el objeto de aliviar este gasto fiscal. En efecto, varias entidades locales han hecho uso de esta vía especialmente para compensar el pago del IBI y de ciertas tasas y refiriendo la ayuda a contribuyentes/beneficiarios que se encontraran en una situación de vulnerabilidad social con motivo del COVID-19 (por ejemplo, por encontrarse en una situación de desempleo, en ERTE o ser perceptores de ayudas sociales o tratarse de sectores especialmente afectados como la hostelería) o, en el caso del IVTM, por tratarse de sectores especialmente afectados (empresas de transporte por viajeros y autoescuelas). Al respecto, sin embargo, procede recordar que el TS

ha censurado esta práctica señalando que «...las reducciones que se realicen en las cuotas impositivas deberán regirse por las determinaciones legales (art. 71 TRLHL). En consecuencia, no cabe duda alguna que el Ayuntamiento (...) no respetó en la aprobación del art. 13.9 de la Ordenanza del IBI las previsiones del art. 74.2 TRLHL, ya que si pretendía evitar subidas excesivas o poner un límite a los posibles incrementos anuales de la cuota del IBI debió de acudir a las reducciones por bonificaciones potestativas, con su consiguiente régimen normativo, en lugar de utilizar el peculiar sistema de subvenciones, ajenas en su naturaleza jurídica y fines al ámbito fiscal, razón por la que resulta acertada la argumentación de la Sentencia impugnada cuando afirma que el Ayuntamiento carecía de competencia para incluir en la gestión del IBI una minoración de la cuota líquida no contemplada ni en la Ley General Tributaria ni en el TRLHL, insistiendo en que los beneficios fiscales no tienen carácter de subvenciones y se rigen por su normativa propia.» (STS de 19 de mayo de 2014, rec. 3775/2010). Ciertamente los tributos pueden ser un gasto subvencionable (en los términos establecidos en el art. 31.8 LGS), pero se trata de una práctica criticable y cuestionable no solo porque emplea fraudulentamente la figura de la subvención para sufragar el coste de un tributo, una finalidad que no le es propia sino porque utiliza la subvención para introducir exenciones y bonificaciones de tributos no amparadas en la LRHL. Con esta mala praxis, se pervierten también los principios de igualdad, capacidad económica y generalidad que fundamentan el sistema tributario habilitando, al margen de la Ley, la disposición gratuita de fondos públicos para que solamente determinados contribuyentes vean compensada su carga tributaria.

IV. INCIDENCIA DEL COVID-19 EN EL ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO SUBVENCIONAL

Aunque el marco jurídico general de la ordenación de subvenciones (estatal, autonómico y local) no ha variado desde la declaración del primer estado de alarma el 14 de marzo de 2020, desde el punto de vista procedimental, el establecimiento y concesión de subvenciones vinculadas al COVID-19 ha presentado algunas singularidades de índole procedimental que merecen destacarse.

Por una parte, en términos generales, a la vista de la paralización procedimental administrativa que impuso la Disposición Adicional tercera del RD 463/2020, y que estuvo en vigor hasta el 1 de junio de 2020, en un primer momento pudo deducirse que la actividad subvencional debía detenerse por completo. Esto es, que no se podían convocar nuevas subvenciones, ni resolver las convocatorias que estuvieran abiertas, ni comprobar justificaciones, practicar controles o exigir reintegros. Evidentemente, tal primaria deducción resultaba desproporcionada en un contexto económico y social en el que las administraciones no podrían paralizarse en términos absolutos, máxime cuando se trataba de ordenar actuaciones inmediata y directamente vinculadas a la crisis sanitaria. De hecho, los apartados 3 y 4 de la Disposición Adicional citada contemplaban la posibilidad de que, respecto de cualquier procedimiento administrativo, el órgano competente pudiera 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 plazo». De ahí que se contemplaran excepciones a la suspensión generalizada de procedimientos administrativos especialmente de aquellos «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 parece obvio que tales circunstancias podían fácilmente concurrir en el ámbito subvencional, tanto para establecer líneas de subvenciones en ámbitos de emergencia social y económica de ciertos sectores, como para continuar con la tramitación de las convocatorias abiertas. En tales supuestos, a mi juicio, exigencias como la «conformidad» de los interesados para ordenar la continuación de los procedimientos subvencionales abiertos resultaban absurdas y poco operativas en aquellos momentos iniciales de la crisis sanitaria.

A lo anterior hay que añadir que la IGAE, a través de la BDNS publicó en abril de 2020 un dossier de preguntas frecuentes (FAQs) referidas a la incidencia del estado de alarma en la Base de Datos Nacional de Subvenciones (BDNS) y en el Sistema Nacional de Publicidad de las Subvenciones concedidas por Administraciones Públicas (SNPSAP), que ayudó «informalmente» a resolver algunas incertidumbres sobre la gestión de subvenciones. Así se sugería que, en vez de publicar un anuncio de suspensión de los términos y plazos en dichas plataformas, para no colapsar además la publicación en diarios oficiales, «como buena práctica se recomienda insertar en la sección de subvenciones y ayudas de la página web del órgano convocante un mensaje o una ventana informativa». Asimismo, la IGAE manifestó que si bien la suspensión de los procedimientos administrativos «no ha alterado la obligación de registro en la BDNS... Dada la especial situación surgida durante el estado de alarma, se pueda posponer dicho registro a un momento posterior». Por otra parte, respecto de la admisión de solicitudes presentadas durante el estado de alarma, la IGAE consideró que resultaba admisible dicha presentación si el solicitante podía cumplimentarla vía telemática, pero advertía que «en el caso de convocatorias de concurrencia competitiva, la resolución de concesión deberá contemplar todas las solicitudes recibidas, incluso las que se presenten una vez que haya concluido el periodo de suspensión establecido durante el estado de alarma».

Ninguna previsión se establecía, en cambio, respecto de los Planes Estratégicos de Subvenciones en la medida en que las nuevas líneas de subvenciones no tuvieran cabida en el mismo, lo que fácilmente podía suceder con las vinculadas a actividades económicas y de servicios (hostelería, comercio, turismo, ocio...), dado que en un contexto de normalidad, no se trataba de ámbitos habitualmente subvencionables (por ejemplo, en el caso de las entidades locales). En todo caso, teniendo en cuenta, como ha señalado el Tribunal Supremo, que si bien los planes estratégicos de subvenciones tienen carácter previo al establecimiento de cualquier subvención y constituyen un requisito esencial cuyo cumplimiento exige que sea formalizado externamente y con un contenido que le haga identificable como tal por reflejar el contenido que exige el artículo 8 LGS, es una evidencia que no son sino «instrumentos de gestión de carácter programático que carecen de rango normativo». Por ello, ninguna invalidez sustancial cabría imputar a la convocatoria de subvenciones vinculadas al COVID-19 no previstas en los PES, pues de ellos no se infieren ni derechos ni obligaciones.

En todo caso, como sucedió con toda la normativa pandémica, aprobada de forma improvisada y precipitada a medida avanzaba la situación, parecía oportuno una regulación singularizada de los procedimientos subvencionales y a tal efecto, el artículo 54 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 dispuso, como medidas especiales en materia de subvenciones y ayudas públicas lo siguiente:

«Artículo 54. Medidas en materia de subvenciones y ayudas públicas.

1. En los procedimientos de concesión de subvenciones, las órdenes y resoluciones de convocatoria y concesión de subvenciones y ayudas públicas previstas en el artículo 22.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, que ya hubieran sido otorgadas en el momento de la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020 podrán ser modificadas para ampliar los plazos de ejecución de la actividad subvencionada y, en su caso, de justificación y comprobación de dicha ejecución, aunque no se hubiera contemplado en las correspondientes bases reguladoras.

A estos efectos, el órgano competente deberá justificar únicamente la imposibilidad de realizar la actividad subvencionada durante la vigencia del estado de alarma así como la insuficiencia del plazo que reste tras su finalización para la realización de la actividad subvencionada o su justificación o comprobación.

2. También podrán ser modificadas, a instancia del beneficiario, las resoluciones y convenios de concesión de subvenciones previstas en el artículo 22.2 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, sin necesidad de que sea modificado, en su caso, el Real Decreto previsto en el artículo 28.2 de dicha Ley, en las mismas condiciones y con los mismos requisitos previstos en el apartado anterior. No obstante, en el caso de que el objeto de la subvención sea la financiación de los gastos de funcionamiento de una entidad, el plazo de ejecución establecido inicialmente no podrá ser modificado.

3. La adopción de estas modificaciones no está sujeta a los requisitos previstos en el apartado 4 de la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020 y no afecta a la suspensión de los plazos establecida en el apartado 1 de la mencionada disposición adicional.»

Varias observaciones merece esta regulación especial y singularizada del procedimiento subvencional.

La primera es que la posibilidad de conceder ampliaciones de los plazos de ejecución de la actividad subvencionada y, en su caso, de justificación y comprobación de dicha ejecución, se admitía –incluso aunque no estuviera previa en las bases reguladoras– «únicamente» por decisión motivada del órgano competente de la subvención en los supuestos de concesión en régimen de concurrencia o, a petición del beneficiario, en los supuestos de concesión directa. Sin embargo, a mi juicio, nada impedía atender también a la solicitud que pudiera formular el beneficiario acreditando circunstancias objetivas de la imposibilidad de ejecutar o justificar la subvención, solicitud que podía formularse bien al amparo del régimen general (art. 32.3 de la LPAC), bien al amparo del artículo 70.2 RGS siempre y cuando, claro está, el plazo de ejecución o justificación no hubiera vencido ya antes de la declaración del estado de alarma. Lo que la norma no precisaba era el límite o refe-

rencia temporal para acordar esa ampliación de plazo. En mi opinión, cabía admitir cualquier decisión motivada del órgano competente que, ponderadas las excepcionales circunstancias así como la naturaleza de la actividad subvencionada o los requisitos de su justificación, resultara acorde y proporcionada y no desvirtuara el régimen jurídico sustantivo de la subvención.

En el ámbito de la justificación y posterior comprobación de subvenciones, teniendo en cuenta que existe un plazo cierto para aquella (el previsto en las bases reguladoras y, en su defecto, 3 meses *ex art.* 30.2 LGS), pero no un plazo cierto para la comprobación de esa justificación (art. 32 LGS), procede recordar dos observaciones recientes que ha señalado el Tribunal Supremo al respecto. En primer lugar, que «No cabe mezclar lo que son dos actuaciones administrativas distintas y sujetas a unos requerimientos temporales diferentes: por una parte, la verificación de la justificación presentada por el beneficiario y, por otra, la comprobación de la actuación comprometida. Son dos actuaciones distintas no solo porque así las enuncia el artículo 32 de la LGS, sino porque tienen finalidades y ámbitos de actuación diversos. La primera, la verificación o comprobación de la justificación, es de naturaleza formal y está destinada a contrastar la completitud de la justificación presentada, como paso previo a autorizar el pago. Por ello debe desarrollarse en un plazo breve, atendido su limitado ámbito de comprobación. La segunda, de comprobación de la actividad o adopción del comportamiento para el que se otorgó la subvención puede tener un alcance mucho más amplio y por ello perdura en tanto no prescriba la acción de reintegro (art. 39.1 de la LGS). Por tanto, la verificación o, como dice el artículo 32.1 LGS, la comprobación de la justificación, por una parte, y la comprobación de la realización de la actividad y cumplimiento de la finalidad que determinó la concesión o disfrute de la subvención, por otra, son actividades administrativas distintas, que no están sujetas a un régimen temporal común». Así pues, la ampliación del plazo para presentar la justificación de subvenciones que debiera haberse cumplido a partir del 14 de marzo podía haberse ampliado, de oficio o a instancia del beneficiario, en el período que motivadamente hubiera acordado el órgano competente a la vista de las consideraciones formuladas, en su caso, por el beneficiario. Y con relación al plazo para efectuar la comprobación de esa cuenta justificativa podía considerarse ampliado durante el tiempo «paralizado» (esto es, por 78 días, que resultaría del plazo comprendido entre el 14 de marzo y el 1 de junio), del derecho para período que solamente hubiera sido materialmente relevante de estar próxima la prescripción para ejercer la acción de reintegro pues, conforme ha señalado el TS, para efectuar la comprobación de la justificación de la subvención por el órgano gestor —a diferencia de lo que sucede cuando formalmente se ha iniciado un procedimiento de control financiero— no existe otro límite temporal que el plazo de prescripción de la potestad de exigir el reintegro. Es más, y en segundo lugar, procede recordar que el TS también ha precisado que «La verificación y comprobación desplegada por la Administración Pública de una subvención concedida que culmina con la liquidación del importe y abono de la ayuda, no enerva, anula o elimina la posibilidad de incoar un procedimiento de reintegro, ni aboca al procedimiento de revisión de oficio, pues la naturaleza jurídica de tal liquidación y abono no es la de una resolución que, de manera definitiva y firme, reconozca al beneficiario el derecho a percibir la subvención en la cuantía que se liquida y abona, sino la de una

liquidación y pago provisionales sujetos, en su caso, a lo que resulte de comprobaciones ulteriores culminadas dentro del plazo de prescripción de cuatro años que establece el artículo 39.1 de la Ley General de Subvenciones» (STS de 14 de enero de 2020, rec. 4926/2017).

En cambio, tratándose de un procedimiento de control financiero de subvenciones iniciado antes del 14 de marzo de 2020, sometido a un plazo general de doce meses en la normativa estatal cabe entender que el órgano de control interno podía proponer motivadamente la ampliación del plazo en los términos ya señalados y disponer, en todo caso, del plazo extra de 78 días por la suspensión procedimental establecida entre el 14 de marzo y el 1 de junio.

Por otro lado, debe observarse también que tal medida no se limitó a subvenciones vinculadas o relacionadas con el estado de alarma (esto es, ayudas de carácter social y referidas a sectores económicos especialmente afectados por la crisis), sino que resultaba de aplicación a cualquier otro tipo de subvención en fase de ejecución, justificación o comprobación a partir de la declaración del estado de alarma del 14 de marzo de 2020.

En todo caso, es de esperar que los órganos gestores habrán ponderado en cada caso las singulares circunstancias para calificar los incumplimientos asociados a los plazos de ejecución y justificación. Y lo deseable hubiera sido, que esa variación de plazos (de ejecución, de justificación, de comprobación) estuviera formalmente documentada para evitar las controversias derivadas de toda infracción de plazos procedimentales.

Una segunda observación que procede apuntar guarda relación con las formas de conceder subvenciones. Si bien la concesión en régimen de concurrencia competitiva es la regla general de otorgamiento de subvenciones públicas, siendo la concesión directa una posibilidad que debe considerarse excepcional y solamente cuando se acrediten circunstancias objetivas debidamente justificadas que impidan acudir a la concesión concurrencial en los supuestos previstos en el artículo 22.2 LGS, lo cierto es que a la vista de los datos publicados en la BDNS se han incrementado los supuestos de concesión directa de subvenciones en todos los niveles administrativos, singularmente en el ámbito local, así como los supuestos de concesión en régimen de concurrencia no competitiva. En el ámbito estatal, a título de ejemplo, es especialmente relevante el reconocimiento explícito –con carácter indefinido– de que los agentes públicos de financiación de la investigación, tanto estatales como autonómicos, puedan conceder subvenciones de forma directa para la realización de proyectos I+D+I que sean consecuencia de convocatorias públicas efectuadas por estructuras creadas por varios Estados miembros en ejecución de los programas marco plurianuales, así como de las convocatorias públicas de investigación e innovación competitivas, evaluadas según estándares internacionales de evaluación por pares, tras la modificación introducida por el RDL 23/2020, de 23 de junio, en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, Tecnología e Innovación.

Mención especial merecen las subvenciones amparadas o articuladas vía convenios de colaboración. Esta fórmula está contemplada en la Ley para canalizar las subvenciones previstas nominativamente en los respectivos presupuestos (art. 28.1 LGS), y también es la empleada para ordenar las otras dos posibilidades de concesión directa de subvenciones (subvenciones impuestas por una norma de origen legal y subvenciones por razones de interés público, social, económico o humani-

tario) en tanto que el convenio permite identificar las obligaciones, condiciones de los gastos subvencionables, plazos de ejecución y justificación de los beneficiarios, a modo de bases reguladoras *ad hoc*. Así se contempla expresamente en el artículo 48.7 de la LRJSP al disponer que «Cuando el convenio instrumente una subvención deberá cumplir con lo previsto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones y en la normativa autonómica de desarrollo que, en su caso, resulte aplicable». Ahora bien, como es sabido, existe otra práctica convencional en la que el convenio no se emplea formalmente como vehículo de verdadera colaboración (con obligaciones y compromisos recíprocos y satisfacción de intereses comunes respectivos), sino con el único objeto de amparar una concesión directa de subvenciones (o un verdadero contrato en otros casos). No procede ahora analizar esta controvertida cuestión y práctica administrativa, baste señalar, a los efectos del objetivo de este trabajo, que en el contexto del COVID-19 no se aprecia que haya variado en uno u otro sentido este *modus operandi* de algunas administraciones. No obstante, por aplicación de la regla especial establecida en el citado artículo 54.2 del RDL 11/2020 procede señalar que si bien se autorizó la modificación, «a instancias del beneficiario» de las resoluciones y convenios de concesión de subvenciones directas, sin necesidad de que fuera modificada la norma habilitante (Real Decreto en el ámbito estatal), a los efectos de ampliar los plazos de ejecución, justificación y comprobación de la actividad subvencionada, se incluyó la cautela de que «en el caso de que el objeto de la subvención sea la financiación de los gastos de funcionamiento de una entidad, el plazo de ejecución establecido inicialmente no podrá ser modificado».

Aparte de estas singularidades procedimentales, durante los períodos de alarma se han evidenciado otras prácticas administrativas: formalmente no se ha establecido una tramitación de urgencia y/o emergencia de subvenciones, pero ha sido frecuente la acumulación de bases reguladoras y convocatorias, se han recortado los plazos de solicitud y concesión, se ha flexibilizado la documentación a presentar por los beneficiarios, potenciando al máximo la acreditación de requisitos mediante declaración responsable, así como la acreditación de algunos requisitos para ser beneficiario (como el de estar al corriente con obligaciones tributarias y con la seguridad social habilitando, en algunos casos, pagos anticipados completos o en porcentajes muy elevados (hasta el 90 %) sin necesidad de aportar garantía. Está por ver aún, como se desarrollan los sistemas de control *a posteriori* de estas subvenciones.

V. SINGULARIDADES DE LAS SUBVENCIONES VINCULADAS A LOS FONDOS *NEXT GENERATION EU*

El Consejo Europeo de 21 de julio de 2020 acordó un paquete de medidas de alto impacto –aunque por comparación con las aprobadas por EEUU podría dudarse– para apoyar los esfuerzos de los Estados miembros en su recuperación económica, impulsando la inversión privada, apoyando a las empresas en su recuperación y de paso, avanzar hacia una transición europea ecológica y digital. El Instrumento Europeo de Recuperación (*Next Generation EU*) supone la «arribada» a nuestro país de unos 140.000 millones de euros en forma de transferencias y

préstamos articulados a partir de diversos proyectos estructurados en un «Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia» que nuestro país ha presentado a las instituciones comunitarias asumiendo, a cambio, la obligación de llevar a cabo diversas reformas estructurales.

El Real Decreto 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, ha definido el marco jurídico financiero para gestionar estos recursos. Mi impresión es que tiene poco de «modernización de la Administración Pública» y mucho de procurar una gestión sino centralizada por la Administración central, desde luego supervisada intensamente por ella en un contexto de flexibilizar la gestión y evitar controles que limiten la mayor discrecionalidad administrativa. En fin, la norma contempla determinadas singularidades en ciertos ámbitos (contratación, colaboración público-privada, subvenciones) y es de todos conocido que este RDL «de fondos europeos» ha sido objeto de críticas por su opacidad, su contenido y su forma de elaboración. No procede ahora analizar con detalle estas cuestiones, pero sí destacar las novedades que implica en el régimen jurídico de las subvenciones públicas que se financien con cargo a este Plan y sus respectivos Proyectos.

De las previsiones contenidas en el Capítulo V (arts. 61 a 65) se deducen algunas singularidades que, insisto, solamente serán de aplicación de las subvenciones financiadas con cargo a estos fondos europeos, todas ellas con el común denominador de agilizar la concesión de subvenciones, aún a riesgo de prescindir de los mecanismos de control:

– No será necesaria la autorización del Consejo de Ministros cuando la concesión de subvenciones supere la cuantía de 12 millones de euros. Asimismo se podrá exceptuar la autorización de la Comisión Delegada de Asuntos Económicos para la concesión de incentivos regionales cuando se trate de proyectos de cuantía superior a los 15 millones de euros.

– No será necesario el informe del Ministerio de Hacienda en los supuestos de concesión directa de subvenciones «cuando se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario u otras debidamente justificadas» [art. 22.2.c) LGT], si bien el citado Ministerio «especificará los extremos que deben quedar acreditados en la memoria explicativa respecto de las circunstancias que justifican dicha modalidad de subvención» (art. 60.3 RDL 36/2020). Al respecto, como puso de manifiesto el Consejo de Estado al dictaminar esta norma, «esta solución ofrece numerosas dudas pues no se precisa por qué cauce han de concretarse tales extremos, ni qué requisitos se han de exigir para que se consideren debidamente acreditados y no se trate únicamente de meras declaraciones de intenciones».

– Podrán acumularse bases reguladoras y convocatorias y, en tales supuestos, solo será exigible el informe de los servicios jurídicos y el de la Intervención Delegada que, en todo caso deberá emitirse en «el plazo improrrogable de diez días naturales». Hay que tener en cuenta, además, que en aplicación del artículo 48 del citado RDL, se prevé la utilización del procedimiento de urgencia cuando razones de interés público lo aconsejen, en cuyo caso, se reducirán a la mitad los plazos establecidos para el procedimiento ordinario, salvo los relativos a la presentación de solicitudes y recursos.

– Los beneficiarios deberán acreditar estar al corriente del pago de las obligaciones de reembolso de cualesquiera otros préstamos o anticipos anteriormente «con cargo a los créditos específicamente consignados para la gestión de estos fondos en los Presupuestos Generales del Estado». Ahora bien, dicho requisito podrá acreditarse mediante declaración responsable o certificación del órgano competente si el beneficiario fuera una administración pública.

– Se fomenta la concesión en régimen de concurrencia no competitiva, esto es, a demanda de los beneficiarios se podrán dictar las resoluciones de concesión por orden de presentación de solicitudes, una vez realizadas las comprobaciones de concurrencia de la situación o actuación subvencionable, «hasta el agotamiento del crédito presupuestario asignado en la convocatoria». Habrá que correr a presentar las solicitudes.

– En lo referente a la justificación de subvenciones, se amplía hasta 100.000 euros el límite para presentar una cuenta justificativa simplificada; las bases reguladoras podrán eximir de la obligación de presentar aquellas facturas que tengan un importe inferior a 3000 euros; se eleva a 10.000 euros el límite para acreditar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social; se exceptúa la exigencia de presentación de tres presupuestos con carácter previo a la realización del gasto subvencionable y se flexibilizan los compromisos plasmados en las memorias económicas a los efectos de admitir compensaciones entre los conceptos presupuestados siempre que se dirijan a alcanzar el fin de la subvención. En definitiva, una clara relajación de controles y compromisos.

– Se permite la tramitación anticipada «sin crédito disponible» de las subvenciones financiables con fondos europeos, «siempre que se acredite que se ha solicitado la modificación presupuestaria necesaria para la disposición del crédito aplicable y la concesión de esta queda supeditada a la aprobación de dicha modificación». Se «derrumba» así el vicio clásico de la nulidad de los gastos sin cobertura presupuestaria.

– Se flexibilizan las reglas de gestión de gasto previstas para los fondos procedentes del Plan de Recuperación que deban transferirse a las comunidades autónomas, al tiempo que se recoge la previsión de que, en el marco de las conferencias sectoriales y de acuerdo con las previsiones incluidas en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, se procederá a la aprobación de los criterios de distribución de fondos para subvenciones gestionadas por las comunidades autónomas con carácter plurianual (art. 86 LGP) para permitir una mejor planificación de su gestión. Esto es, un nuevo foco de tensión competencial si las subvenciones invaden competencias autonómicas, los repartos son injustificadamente desiguales y no se garantiza la transferencia directa.

– Desde el punto de vista de la gestión está previsto, por ejemplo, que el Comité Técnico para el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia apruebe orientaciones o modelos tipo de bases reguladoras de subvenciones y que la IGAE y la Dirección General de Patrimonio del Estado promuevan las modificaciones necesarias para que la BDNS incorpore la identificación del proyecto o iniciativa a que corresponden la convocatoria, a través del código de referencia único asignado por la Autoridad de gestión nacional, para las convocatorias que se aprueben a partir de 2021.

Como reflexión final, respecto del binomio subvenciones/COVID-19, cabe señalar que el mayor impacto se percibe no tanto en la concesión, justificación o

control de las concedidas durante los estados de alarma, como en las vinculadas a la inminente financiación europea *NGEU* al amparo de un régimen excesivamente centralizado, discrecional y flexible que, sin duda alguna, pondrá a prueba la tensión competencial Estado/CCAA –y no es descartable que alcance a las EELL–, previsiblemente arrojará problemas de (des)coordinación y, a la vista de cómo se contempla su gestión y escasos controles, de momento suscita importantes dudas de objetividad, concurrencia, igualdad, eficiencia, transparencia y cumplimiento de sus fines.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BOTELLA CARRETERO, J., VELA JUAN, M., «Real Decreto-ley 36/2020: novedades en materia de convenios administrativos, subvenciones y tramitación ambiental», *Actualidad Administrativa*, nº 3, 2021, pp. 1 y ss.
- CASADO ROBLEDO, S., «El régimen jurídico de los fondos carentes de personalidad jurídica cuya dotación se efectúa mayoritariamente desde los Presupuestos Generales del Estado», *Revista Española de Control Externo*, nº 47, 2014, pp. 83 y ss.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Desterrar la palabrería», *Diario ABC*; disponible en https://www.abc.es/opinion/abci-german-fernandez-farrerres-desterrar-palabreria-202101312322_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F.
- GIMENO FELIÚ, J.M., «De las ideas a la acción en la gestión de los fondos europeos: reflexiones propositivas para el diseño de una adecuada gobernanza en su ejecución», *Observatorio de contratación pública*, 25 de enero de 2021, disponible en <http://www.obcp.es/opiniones/de-las-ideas-la-accion-en-la-gestion-de-los-fondos-europeos-reflexiones-propositivas-para>
- Intervención General de la Administración Del Estado, Documento «FAQ Estado de alarma COVID-19 BDNS y SNPS», abril 2020, disponible en <https://www.oficinavirtual.pap.hacienda.gob.es/sitios/oficinavirtual/es-ES/CatalogoSistemasInformacion/TESEOnet/Documents/Actualizaci%C3%B3n%20FAQ%20BDNS%20Estado%20de%20alarma.pdf>
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., «Pandemia, ayudas de Estado y ayudas a los Estados: el reto de la eficiente asignación de recursos públicos en tiempos de crisis», *Revista Galega de Administración Pública*, nº 60, 2021, pp. 369 y ss.
- SESMÁ SÁNCHEZ, B., «Ayudas económicas municipales derivadas de la pandemia», *Anuario de Derecho Municipal*, Instituto de Derecho Local, UAM, nº 14, 2021, pp. 217 y ss.
- VÁZQUEZ MATILLA, F.J., «Análisis práctico de los Proyectos Estratégicos para la Recuperación y Transformación Económica», *Contratación Administrativa Práctica*, nº 172, 2021, pp. 1 y ss.
- VELASCO CABALLERO, F., «Derecho local y COVID-19», *Revista Galega de Administración Pública*, nº 59, 2020, pp. 237 y ss.

QUINTA PARTE:
EL ORDEN INTERNACIONAL
DE LA PANDEMIA

COOPERACIÓN SANITARIA INTERNACIONAL (OMS)

Soledad TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO*

Resumen

La pandemia provocada por el COVID-19 ha evidenciado la necesidad de cooperación internacional en materia sanitaria, protagonizada por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Frente a una amenaza transnacional la única respuesta eficaz es la que tiene igualmente un alcance global en distintos sentidos: por una parte, de los Estados, por otra, en la medida en que las últimas crisis sanitarias producidas han tenido carácter zoonótico, es precisa una cooperación de más amplio alcance, no solo interestatal, sino también entre la OMS y otras organizaciones internacionales tanto de salud animal como las que se encargan de la alimentación y la agricultura. Otro ámbito de cooperación fundamental en este contexto es el científico y el económico con el propósito de que todos los Estados puedan combatir las pandemias del mismo modo, para prestar el apoyo debido a los países y las personas más vulnerables en esta pandemia.

Palabras clave

Cooperación internacional, cooperación científica, cooperación sanitaria, vacunas, emergencia sanitaria de importancia internacional, pandemia.

Abstract

The pandemic caused by COVID-19 has shown the need for international cooperation in health matters, led by the World Health Organization (WHO). Faced with a transnational threat, the only effective response is one that also has a global reach in different senses: on the one hand, from the States, on the other, to the extent that the latest health crises that have occurred have been zoonotic in nature, a broader cooperation, not only interstate, but also between WHO and other international organizations both in animal health and in food and agriculture. Another fundamental area of cooperation in this context is the scientific

* Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad Autónoma de Madrid (s.torrecuadrada@uam.es).

and economic one with the purpose that all States can combat pandemics in the same way, to provide the support due to the most vulnerable countries and people in this pandemic.

Keywords

International cooperation, scientific cooperation, health cooperation, vaccines, health emergency of international importance, pandemic.

SUMARIO: I. Introducción. II. El protagonismo de la OMS en la cooperación sanitaria internacional. III. Ámbitos de cooperación sanitaria. IV. Enseñanzas para el futuro. V. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

EN 2016, Fernando Simón publicó un trabajo titulado «Emergencias de salud pública de importancia internacional. Una oportunidad para mejorar la seguridad sanitaria global», en el que pasaba revista a las declaraciones de emergencia a la salud pública por parte de la entonces Directora de la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS) desde la entrada en vigor del nuevo Reglamento Sanitario Internacional (RSI), en 2007. La primera fue en 2014 con el virus del ébola en África occidental, la segunda, la denominada Gripe A, ocasionada por el virus H1N1, en 2009, después vendría la del polio virus salvaje en 2014 y la que da lugar al estudio en cuestión, la del virus del Zika. La conclusión del ahora conocido Doctor Simón era que aunque las emergencias de salud pública de importancia internacional son «situaciones trágicas que afectan siempre negativamente, de una forma u otra a grandes grupos de población» no dejan de ser oportunidades para identificar las debilidades de los sistemas sanitarios y de las capacidades de reacción a aquellas con el propósito de mejorar nuestra «preparación y respuesta ante la siguiente emergencia de salud pública de importancia internacional» (1). La crisis provocada por el COVID-19 evidencia la veracidad de su primera afirmación y, confiemos que el tiempo demuestre lo acertado de la segunda.

En el mismo sentido han de entenderse las palabras de Tedros Adhanom Ghebreyesus, Director General de la OMS quien, en octubre de 2020, en un mensaje titulado «El mejor momento para prevenir la próxima pandemia es ahora: los países unen sus voces para mejorar la preparación ante emergencias» afirmaba que esta no será la última emergencia internacional, por lo que es el momento de inver-

(1) El trabajo citado está publicado en *Enfermedades infecciosas y microbiología clínica*, núm. 34-4, 2016, pp. 219 ss. Las frases transcritas se encuentran en la página 221.

tir desde una perspectiva política y financiera para «promover la seguridad sanitaria, prevenir y mitigar futuras pandemias» (2).

Es evidente que nunca se está suficientemente preparado para una pandemia, máxime cuando el virus que lo produce es desconocido y de fácil propagación. Por ello es fundamental la coordinación y la cooperación internacional, puesto que al poner en común nuestros esfuerzos podremos alcanzar con mayor facilidad y eficacia el objetivo deseado. No podemos olvidar que la crisis provocada por el COVID-19 ha tenido perfiles distintos de los que han caracterizado a epidemias anteriores al haber afectado a todos los rincones del mundo, afectando en gran medida a los países del denominado primer mundo, por lo que ha resultado ser más igualitaria que sus predecesoras, que tuvieron (pensemos en el ébola o el zika) incidencia casi exclusiva en latitudes vulnerables como consecuencia de la precariedad de sus sistemas de salud junto con la existencia pandémica de otras enfermedades, como la diarrea, que resultan mortales. En todo caso, nos encontramos, como indica Jessica Almqvist, ante una de las peores crisis desde la Segunda Guerra Mundial (3). El Secretario General de las Naciones Unidas, por su parte, se refirió a que el COVID-19 ha provocado una crisis sanitaria, económica, social y humana que está afectando también a los derechos humanos (4). En este sentido, resulta innegable el derecho a la salud y el derecho a la vida se han visto alcanzados por la pandemia y la libertad de circulación, como consecuencia de las medidas adoptadas para evitar su propagación. La afectación de este último es transitoria, no así los dos primeros, para cuya efectividad se precisa de cooperación internacional.

Aún nos encontramos lejos de alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible formulados en la Agenda 2030, que responde al reto que enfrentan todos los Estados, pero muy especialmente, en materia de salud y bienestar (OD3). La Agenda hace hincapié en la necesidad de cooperación internacional, en el Objetivo referido a la necesidad de revitalizar la alianza mundial para lograr los objetivos (OD17). Sin embargo, es preciso subrayar la interconexión de los ODS pues, aunque los recién indicados son los más próximos a la cooperación sanitaria a la que se dedican estas páginas, hay algunos otros que no podemos olvidar dado que la incidencia de las enfermedades será mayor en aquellas personas que tienen déficits alimenticios (poner fin al hambre y fortalecer la seguridad alimentaria es el ODS2), que suelen encontrarse en situación de pobreza, cuya desaparición se prevé en el OD1.

En consecuencia, es imprescindible la cooperación sanitaria con los más débiles para impedir que la crisis provocada por la pandemia se añada a los problemas a los que ya se enfrentan y tenga resultados difícilmente superables. El papel central en la cooperación sanitaria lo ocupa la Organización Mundial de la Salud (OMS),

(2) Vid. Información al respecto en: <https://www.who.int/es/news/item/01-10-2020-the-best-time-to-prevent-the-next-pandemic-is-now-countries-join-voices-for-better-emergency-preparedness>

(3) Jessica ALMQVIST, «COVID-19 and human rights: conjuring up a defense of the right to science», Real Instituto Elcano, noviembre, 2020, en: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_en/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_in/zonas_in/commentary-almqvist-covid-19-and-human-rights-conjuring-up-defence-of-right-to-science

(4) Naciones Unidas, COVID-19 and Human Rights. We are all in this Together, abril 2020, en: https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/un_policy_brief_on_human_rights_and_covid_23_april_2020.pdf

cuyo propósito, según su Constitución es procurar «el fomento y protección de la salud de todos los pueblos». Para alcanzarlo, el mismo texto le asignó una extensa relación de funciones, entre las que destacan las tres siguientes: «proporcionar ayuda técnica adecuada y, en casos de emergencia, prestar a los gobiernos la cooperación necesaria que soliciten, o acepten» (art. 2.d); «promover y realizar investigaciones en el campo de la salud» (art. 2.n); y, «contribuir a crear en todos los pueblos una opinión pública bien informada en asuntos de salud» (art. 2.r).

Para cumplir con sus funciones, la Constitución confiere a la Asamblea de Salud la capacidad normativa para adoptar tratados internacionales sobre cualquier ámbito competencia de la OMS (art. 19), así como reglamentos sobre «requisitos sanitarios y de cuarentena y otros procedimientos destinados a prevenir la propagación internacional de enfermedades» (art. 21.a), que resultan jurídicamente obligatorios para los Estados miembros de la Organización salvo «para aquellos Miembros que comuniquen al Director General que las rechazan o hacen reservas dentro del periodo fijado en el aviso», tal y como establece el artículo 22 de su tratado constitutivo. Sin embargo, la práctica evidencia «la autocontención» (en palabras de Paz Andrés¹⁵ en el empleo de este fundamento jurídico para adoptar decisiones por parte de la OMS, utilizado en relación con un instrumento muy relevante para la gestión de las epidemias: el Reglamento Sanitario Internacional y, en tanto que tratados internacionales, solo ha empleado el artículo 19 para adoptar el Convenio Marco de la OMS relativo al control del tabaco (5).

En las páginas que siguen vamos a analizar la cooperación sanitaria internacional desde una múltiple perspectiva: en primer lugar, el papel protagónico de la OMS (II), en segundo término, los ámbitos de cooperación sanitaria (III); para terminar con las enseñanzas de futuro a modo de conclusiones (IV).

II. EL PROTAGONISMO DE LA OMS EN LA COOPERACIÓN SANITARIA INTERNACIONAL

La OMS es una organización que podríamos denominar «presidencialista» debido al relevante papel que la Constitución confiere a su Director General, de ahí que la personalidad de quien ocupa este cargo repercuta sobre la acción y la consideración de la Organización. Así, entre las críticas recibidas por la gestión de la pandemia se encuentra la relativa a la independencia de criterio del etíope Tedros Adhanom Ghebreyesus, actual Director General, por haber elogiado la transparencia de las autoridades chinas en los primeros momentos de la crisis del COVID-19, pese al comportamiento de estas con los médicos de Wuhan que advirtieron de las extrañas neumonías que se estaban produciendo en la zona (6).

(5) El texto adoptado en Ginebra el 21 de mayo de 2003, se encuentra publicado en el *BOE* núm. 35, de 10 de febrero de 2005.

(6) Sobre el contexto político de la OMS en los inicios de la crisis del COVID-19 y las críticas a su Director General, puede verse: <https://www.lavanguardia.com/internacional/20200419/48600716835/oms-criticas-tesis-sanitaria-coronavirus-gestion.html>. Entre las críticas académicas, no solo al Director General, sino a la OMS puede leerse Virdzhiniya Petrova Giorgieva, «Los retos de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Lecciones ante el brote de COVID-19», en Nuria González Marín, «Emergencia Sanitaria por COVID-19. Reflexiones desde el Derecho (I), Ins-

En el caso actual, de acuerdo con Xavier Pons Rafols, algunas de las críticas recibidas por la OMS han sido merecidas y otras no tanto. Entre las primeras, podemos apuntar los problemas de financiación de la Organización, al que las contribuciones obligatorias de los Estados miembros solo cubren menos del veinte por ciento de su presupuesto, las contribuciones voluntarias de Estados miembros y, muy especialmente, de organizaciones y fundaciones o asociaciones privadas completan el ochenta por ciento restante (7). Lo que puede indicar una dependencia de la OMS hacia estas últimas en la adopción de decisiones, dado que la mayor parte de su financiación se obtiene de las donaciones de determinadas fundaciones privadas (8).

En todo caso, la Organización Mundial de la Salud, por un lado, protagoniza la coordinación sanitaria con los Estados miembros en distintos sentidos: en primer lugar, para adoptar decisiones científicas, puesto que centraliza toda la información transmitida por los Estados para convocar reuniones técnicas, poniendo los conocimientos en común. En segundo término, se adoptan decisiones, informes y propuestas de acción que los Estados han de aplicar. Los Estados miembros han de contar con sus propios planes nacionales de acción frente a la pandemia, en los que se adapta la respuesta indicada por la OMS a las aristas que haya presentado la crisis en el territorio del Estado en cuestión, adaptación susceptible de provocar una mayor eficacia a la reacción frente a la pandemia.

La OMS cuenta con un instrumento con valor normativo para reaccionar frente a las emergencias, cuya versión actualmente vigente se revisó por última vez en 2005 como consecuencia de la crisis provocada por un virus emparentado con el patógeno que ha provocado la pandemia actual, el síndrome respiratorio agudo severo, conocido como SARS (el nuevo coronavirus es SARS-CoV-2) que fue identificado en los primeros meses del año 2003, cuando la OMS decretó la alerta (9). Como consecuencia de la revisión emprendida se amplía el alcance de su aplicación no solo a enfermedades concretas (como ocurría en el anterior), sino a todas aquellas, con independencia de «su origen o procedencia, que entrañe o pueda entrañar un daño importante para el ser humano» (arts. 1 y 2).

Además de ello, se actualizaron las bases de cooperación sanitaria establecida, de modo que resultaran de utilidad para los potenciales futuros peligros en materia de salud (10). De este modo, se actualizaron los procedimientos hasta entonces existentes para prevenir y reaccionar a los eventuales riesgos que pudieran presentarse en el futuro en la salud pública a una realidad muy diferente a la anterior. Es evidente que hemos trascendido hacia la globalización de la salud y la convicción

tituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México», México, 2020, pp. 33 ss. en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/site/publicaciones/151Emergencia_sanitaria_por_COVID_19_reflexiones_desde_el_derecho_I.pdf

(7) La información oficial al respecto se encuentra en: <https://www.who.int/es/about/funding>

(8) P. Andrés SÁENZ DE SANTAMARÍA, «*Pandemia y multilateralismo ¿eficaz?*», en Juan ARRIETA Y MARTÍNEZ DE PISÓN y Francisco VELASCO CABALLERO, *20 reflexiones jurídicas en tiempo de confinamiento. Liber Amicorum en Homenaje a Cristina Izquierdo Sans*, Amazon, Madrid, 2020, pp. 79 ss. La idea del texto se encuentra en pp. 80-81.

(9) Resolución WHA 56.29, de 28 de mayo de 2003 en https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA56/sa56r29.pdf

(10) La versión actualmente vigente del RSI se encuentra publicada en el *BOE* núm. 62, de 12 de marzo de 2008, pp. 14657 ss., que fue adoptada por la Asamblea Mundial de la Salud en su 58.º periodo de sesiones y puede leerse en su Resolución A58/4, de 16 de mayo de 2005.

de dependencia en la medida en que solo es posible responder de forma eficaz a las amenazas globales con acciones coordinadas. En materia sanitaria, el núcleo de esa coordinación se encuentra en la OMS, cuya visibilidad se ha producido con ocasión de la crisis en la que nos encontramos, también se han advertido sus deficiencias.

Es evidente que las epidemias se propagan por todos los rincones de la tierra de modo más rápido que antes debido al incremento exponencial de los viajes y del comercio internacional, como indica Xavier Pons, es «un posible vector de transmisión de enfermedades» (11).

La cooperación entre la Organización y sus Estados miembros resulta fundamental muy especialmente en el estadio inicial de la emergencia sanitaria, para evitar que se convierta en una emergencia de importancia internacional o una pandemia. Así, el ideal es la detección temprana de la epidemia en curso para identificar al patógeno que lo produce permitiendo su pronta neutralización en el nivel local.

Los Estados deben contar (en aplicación del art. 4.1 del RSI) con un Centro Nacional de Enlace, en España es el Centro Nacional de alertas y emergencias sanitarias, que será el encargado de notificar a la OMS toda posibilidad de que en su territorio se origine una emergencia a la salud pública de importancia internacional (art. 6.1 del RSI). Sin embargo, esta vía de comunicación no es exclusiva, pues la Organización puede recibir información por cualquier otro medio y ser quien solicite al Estado la verificación de los datos que ha recibido. A partir del momento en el que tanto el Estado como la OMS conocen el riesgo, el intercambio de información ha de ser constante para evaluar la situación en presencia, realizar una ponderación de la peligrosidad real de la situación y la adopción de las medidas oportunas.

En la pandemia del COVID-19, el 31 de diciembre de 2019 la Comisión Municipal de Salud de Wuhan notificó la existencia de un brote de neumonía (aunque hay informaciones contradictorias respecto del momento en el que surge el paciente cero) (12) y la declaración de la situación como pandemia se produjo el 11 de marzo. En los algo más de dos meses transcurridos entre una y otra fecha se publicó una primera información técnica sobre el nuevo virus, las orientaciones técnicas (13) y recomendaciones para detectar los casos existentes en su territorio, la secuencia genética del virus o el Plan estratégico de preparación y respuesta que contiene indicaciones técnicas para los Estados con el propósito de mejorar el sistema de detección temprana de las personas infectadas por el virus. También se había publicado información dirigida a la población mundial advirtiendo de las medidas preventivas que había que adoptar para evitar la expansión de la afectación, entre otros.

(11) XAVIER PONS RAFOLS, «La COVID-19, la salud global y el Derecho Internacional: una primera aproximación de carácter institucional», en *REEI*, núm. 39, junio 2020, p. 18. En el mismo sentido, J. M.ª MARTÍN MORENO, y LYDIA GORGOJO JIMÉNEZ en «El papel de la OMS y de otras organizaciones supranacionales», en *Documentos. Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 7/2020, febrero, la idea del texto se encuentra en la página 13.

(12) *Vid.* en: <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019>

(13) <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance>

La misión de la OMS a China había indicado que nos encontrábamos ante un virus zoonótico el mismo día (22 de enero) en que el Director General de la Organización convoca un Comité de emergencias (previsto en el art. 48 del RSI) con el propósito de analizar si se había producido una emergencia de salud pública de importancia internacional, lo que se decide una semana más tarde. Antes de finalizar el mes de enero se habían celebrado cincuenta y siete reuniones del Grupo consultivo estratégico y técnico sobre peligros infecciosos (14).

En el mes de febrero se produjeron dos hitos reseñables: en primer lugar, se convoca un foro de investigación e innovación al que asisten más de cuatrocientos expertos (15). En segundo término, la identificación de casos en tres continentes (Asia, Europa y África). Un mes más tarde es cuando, a la luz del desbordamiento de la situación se reconoce que la epidemia de COVID-19 puede caracterizarse de pandemia (16). El Comité de expertos creado para la observación de la situación pandémica provocada por el COVID-19 se ha reunido desde su creación en siete ocasiones, la última de ellas, celebrada el 21 de abril de 2021 (17).

Hay dos críticas reiteradas sobre la gestión inicial de la pandemia: una es la derivada de las informaciones contradictorias iniciales y la otra, el retraso en la declaración de emergencia del Director de la Organización. No podemos olvidar que nos encontramos ante lo que José María Martín Moreno y Lydia Gorgojo Jiménez denominaban «enfermedad X» (18), en alusión a una eventual epidemia provocada por un patógeno hasta entonces desconocido. Es evidente que, por mucho que nos hayamos preparado para responder a futuras amenazas sanitarias (y existen múltiples informes de la OMS al respecto), el desconocimiento de su origen supone un retraso en la reacción eficaz que permita identificar un tratamiento adecuado. Esto se ha evidenciado con las sucesivas actualizaciones de la estrategia frente a la COVID-19, que se ha modificado no solo debido a las lecciones que se han ido aprendiendo por el largo camino seguido desde la declaración de emergencia de interés internacional, sino también adaptándose a las distintas fases por la que la situación va atravesando.

Si bien los esfuerzos iniciales se centraron en controlar la transmisión de la enfermedad, mitigar los síntomas provocados por ella y aplicar tratamientos diferentes con la esperanza de evitar la mortalidad, en la actualidad, en la actualidad, a ello se añaden los planes de distribución y vacunación de la población. En consecuencia, la coordinación ha de ir adaptándose a las necesidades de cada momento. En este punto nos encontramos con una primera dificultad derivada de la solidez de los sistemas sanitarios de los Estados o de la proximidad a los focos en los que se produzcan esos primeros contagios.

(14) <https://www.who.int/emergencies/diseases/strategic-and-technical-advisory-group-for-infectious-hazards/en/>

(15) https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/covid-19-sprp-unct-guidelines.pdf?sfvrsn=81ff43d8_4

(16) <https://www.who.int/es/news/item/29-06-2020-covid-timeline>

(17) Las conclusiones de esta última reunión pueden leerse en: [https://www.who.int/es/news/item/19-04-2021-statement-on-the-seventh-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-\(covid-19\)-pandemic](https://www.who.int/es/news/item/19-04-2021-statement-on-the-seventh-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-(covid-19)-pandemic)

(18) MARTÍN MORENO, J.M. y GORGOJO JIMÉNEZ, L. en L. en «El papel de la OMS y de otras organizaciones supranacionales», en Documentos. Instituto Español de Estudios Estratégicos, 7/2020, febrero, p. 4.

Por lo demás, si bien es cierto que el Reglamento tiene valor normativo, como indica Xavier Pons Rafols, el hecho de que no se haya exigido responsabilidad internacional frente a los supuestos de incumplimiento, prefiriéndose otras vías «puede debilitar la misma naturaleza obligatoria del RSI» (19). El Informe del Comité de Examen sobre el papel del Reglamento Sanitario Internacional (2005) en el brote de ébola y la respuesta que se le ha dado, descarta la posibilidad recién apuntada (exigencia de responsabilidad internacional por incumplimiento) atendiendo a su falta de utilidad, al entender que existen otros medios para conseguir un mejor grado de cumplimiento del RSI (20).

Por otra parte, si bien la prevención mediante vacunas es el mejor método de inmunización, hay que tener en cuenta que hay que avanzar igualmente en identificar los tratamientos eficaces contra el virus. En este sentido, de momento, de acuerdo con la OMS se han evaluado cuatro tratamientos con escasa eficacia frente a la enfermedad. Para ello se puso en práctica el denominado «ensayo Solidaridad» lanzado por la OMS, en el que participan hospitales (un total de 405 en treinta países) con enfermos de COVID-19. Supone la inscripción del hospital en cuestión, que procede a incorporar a los pacientes que hayan consentido en ello, con el propósito de que a su salida del hospital (sea por alta hospitalaria o por fallecimiento) se informe a las autoridades científicas de su respuesta a los tratamientos aplicados, así como los posibles efectos secundarios padecidos. Solo de este modo y mediante un método estadístico se pueden averiguar los tratamientos más eficaces, con todas sus ventajas e inconvenientes. Existe un procedimiento de seguimiento nacional, por cada uno de los Estados e internacional, que se supervisan por un comité de expertos independientes (21).

Junto con lo anterior, resulta del máximo interés el monitoreo y los posibles problemas de seguridad de las vacunas utilizadas para inmunizar a la población (22). En todo caso, la cooperación ha de mantenerse e ir adaptándose a las necesidades de la evolución de la pandemia. De hecho, la OMS ha publicado múltiples informes técnicos sobre cualesquiera aspectos de interés tanto para los Estados como para la población en relación con el COVID-19, incluso negando algunas informaciones falsas acerca de posibles tratamientos, alimentos o bebidas con las que se evita contraer el virus.

(19) PONS RAFOLS, X., «La COVID-19, la salud global y el Derecho Internacional: una primera aproximación de carácter institucional», en REEL, n.º 39, junio 2020, p. 18.

(20) El Informe citado es el Anexo al Documento A69/21, de 13 de mayo de 2016, puede verse en: https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA69/A69_21-sp.pdf El texto indicado se encuentra en el párrafo 77, página 38

(21) La información sobre este ensayo se encuentra en: <https://www.who.int/es/news/item/15-10-2020-solidarity-therapeutics-trial-produces-conclusive-evidence-on-the-effectiveness-of-repurposed-drugs-for-covid-19-in-record-time> y <https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2020.10.15.20209817v1>

(22) <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/340450/WHO-2019-nCoV-vaccination-monitoring-2021.1-spa.pdf>. Los informes técnicos de las vacunas están publicados en: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/340945/WHO-2019-nCoV-vaccines-SAGE-recommendation-Ad26_COV2.S-2021.1-spa.pdf; <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/340942/WHO-2019-nCoV-vaccines-SAGE-recommendation-mRNA-1273-2021.1-spa.pdf>; <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/340943/WHO-2019-nCoV-vaccines-SAGE-recommendation-AZD1222-2021.1-spa.pdf>

III. ÁMBITOS DE COOPERACIÓN SANITARIA

Para aportar una solución clara y eficaz a las potenciales crisis económicas hemos de abordar distintos ámbitos de cooperación sanitaria. En primer lugar, debido a que, según la información publicada, tanto el COVID-19 (23) como la conocida como Gripe A (24), son enfermedades zoonóticas (25), sin poder olvidar en este punto a la encefalopatía espongiforme bovina, que provenía de la ingesta de carne (26). En consecuencia, la cooperación debería ser entre las organizaciones y organismos especializados en todos estos campos. Hay que tener en cuenta que en ocasiones, la transmisión de enfermedades de los animales al hombre se produce por su proximidad en la que habitan en algunas latitudes, en otras, por la ingesta de carne (la encefalopatía espongiforme bovina o el actual COVID-19). Por ello, resulta preceptiva una aproximación holística a la salud, mediante la cooperación entre la OMS, la Organización mundial de sanidad animal, conocida como OIE y la FAO (Organización Internacional para la alimentación y la agricultura). Este triángulo de cooperación existía con anterioridad al surgimiento del COVID-19, articulada a través de la denominada «alianza tripartita», que adoptaron un año antes de la Declaración de Estado de Alarma en España una guía titulada «Adoptar el enfoque multisectorial «Una sola salud»: una guía de la alianza tripartita para que los países aborden las enfermedades zoonóticas» (27). La aparición de la pandemia ha provocado la convicción de que ha de profundizarse en la cooperación triangular del con el propósito de evitar que pueda reproducirse una crisis sanitaria y socioeconómica similar a la que padecemos desde hace más de un año.

En segundo lugar, se ha de mantener la cooperación internacional que permita devolver el ritmo a la vacunación infantil que, como consecuencia de la pandemia, han quedado interrumpidas. En este sentido, tanto UNICEF como la OMS han alertado de sus costes a largo plazo, puesto que hay catorce millones de niños que no han sido inmunizados de enfermedades como el sarampión o la poliomielitis, debido a que se han centrado todos los esfuerzos en el COVID-19. De acuerdo con los datos de la OMS, casi un cuarenta por ciento de los Estados no han recuperado aún el ritmo de vacunación de enfermedades mortales como consecuencia de la afectación de la pandemia a sus sistemas de salud. La Asamblea General, en su resolución 74/306 se ha sumado a la solicitud de recuperar los programas de vacunación y mantener los que no se hubieran interrumpido. En consecuencia, hay que recuperar el tiempo perdido y potenciar estas vacunaciones. Con este propósito, la OMS ha lanzado la Agenda de inmunización 2030 para aprovechar las enseñanzas extraídas del COVID-19 a la vacunación contra enfermedades distintas de la que ha provocado la pandemia. El primero de sus objetivos es procurar que todas las personas puedan acceder a unos sistemas de inmunización efectivos y eficientes en salud primaria incorporados en la atención primaria universal (28).

(23) https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently_asked_questions/about_disease/es/

(24) https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently_asked_questions/about_disease/es/

(25) https://www.who.int/foodsafety/areas_work/zoonoze/es/

(26) https://www.who.int/vaccine_safety/committee/topics/tse/jan_2005/es/

(27) <https://www.oie.int/app/uploads/2021/03/en-tripartitezoosesguide-webversion.pdf>

(28) https://www.who.int/immunization/IA2030_draft_4_WHA_SP.pdf, el desarrollo de la establecida como prioridad 1 se encuentra en las páginas 19 y ss.

Esto nos conduce al tercer ámbito de cooperación, la económica, puesto que la reacción que exigen estas pandemias depende de la existencia de fondos suficientes para abordar todas sus aristas de modo eficaz y para ello tenemos instituciones internacionales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, entre otros, que han prestado esta ayuda económica de emergencia a países en desarrollo (29). Junto con ello se precisa de una cooperación económica con el propósito de mejorar la coordinación y, dado que no todos los Estados cuentan con fondos suficientes para enfrentar adecuadamente estas emergencias que no pueden predecirse y, por ello, tampoco presupuestarse, en el seno de la OMS se estableció un Fondo de contingencias para emergencias, pensado especialmente para aquellos Estados que no pueden afrontar las consecuencias que sobre la salud pública pueden tener estas pandemias (30). Además, junto con el Banco Mundial ha elaborado un Mecanismo de financiamiento de emergencia para casos de pandemia (31), con el que se pretende financiar a aquellos Estados que reúnan las dos condiciones siguientes: por una parte, que se vean afectados por epidemias con gran porcentaje de afectación; y, por otra, que sean prestatarios de la Asociación Internacional de Fomento del Banco Mundial, es decir, los países más pobres (32). Este mecanismo cubre brotes importantes de enfermedades que potencialmente pueden provocar pandemias, grupo en el que se encuentran, entre otras, las provocadas por coronavirus, por lo que podrían recurrir a él con el propósito de financiar las acciones emprendidas en respuesta a la emergencia.

El cuarto ámbito de cooperación ha de ser el científico, puesto que los Estados del denominado tercer mundo carecen de la posibilidad de invertir en ciencia, lo que les ubica en una constante dependencia de la solidaridad de aquellos que sí han podido hacerlo, es decir, del «mundo rico». En esta situación nos encontramos con aquellos que carecen de la posibilidad de investigar y poder desarrollar sus propias vacunas. Desde esta perspectiva, siendo la cooperación económica muy relevante, puesto que solo se pueden adquirir los ventiladores mecánicos de Unidades de Cuidados Intensivos que se precisan para los tratamientos médicos si se cuenta con dinero suficiente para ello. Resulta claro que si se posee una capacidad de investigación científica que permita su fabricación en el interior del Estado, esta adquisición resultará más económica. En este sentido, hay que tener en cuenta dos recientes iniciativas que pueden mejorar la situación: la primera, la propuesta estadounidense de liberar las patentes de las vacunas, que se ha encontrado con la férrea oposición de la industria farmacéutica. En todo caso, con independencia de si prospera o no esta idea, lo cierto es que se precisa de un proceso de transferencia de tecnología, conocimientos y capacitación de personal a los países más necesitados, en un ejercicio de cooperación científica (33). La segunda, la de procurar una ciencia abierta y una cooperación reforzada en este ámbito material. La UNESCO

(29) OMS, «Actualización de la estrategia frente a la COVID-19», 14 de abril de 2020, p. 13.

(30) *Vid.* Al respecto: <https://www.who.int/es/news-room/feature-stories/detail/enabling-quick-action-to-save-lives-the-contingency-fund-for-emergencies> así como: <https://www.who.int/bulletin/volumes/95/1/17-030117.pdf>

(31) <https://www.worldbank.org/en/topic/pandemics/brief/pandemic-emergency-financing-facility>

(32) Puede verse la relación de los Estados en cuestión en: <https://aif.bancomundial.org/about/pa-ses-prestatarios>.

(33) Ver noticia en: <https://www.nytimes.com/es/2021/05/06/espanol/vacuna-covid-patente.html>

promovió una reunión que se celebró el 30 de marzo de 2020 a la que asistieron representantes de ciento veintidós Estados para apelar a los Estados a subrayar su cooperación científica e incorporar, con este propósito, la ciencia abierta en sus centros de investigación para prevenir y atenuar las potenciales futuras crisis sanitarias (34). La puesta en común de los progresos científicos y la puesta en conocimiento de los agentes que pudieran verse afectados por esta medida de la relevancia que para el progreso de la Humanidad puede tener, es fundamental para lograr el objetivo planteado, que cuenta con el apoyo de la OMS.

El Comité de emergencias del RSI (en su séptima reunión) incide en que los fabricantes no solo envíen dosis de las vacunas sino que permitan también su producción local, para lo que es precisa la transferencia de la tecnología y los conocimientos necesarios para ello (p. 3). Es evidente que, de este modo, la vacunación resultará más rápida, eficiente y económica, puesto que se ahorra el tiempo y el coste derivado del transporte. Hay que tener en cuenta que tampoco serían precisos desembolsos importantes, pues algunas empresas de biotecnología tienen sede en distintos Estados de Asia (como India) o América (Brasil), por lo que utilizar estos lugares como centros de producción mitigaría los problemas de distribución y permitiría producir un mayor volumen de dosis en la medida en que se descentraliza la producción.

En línea con lo anterior, dos meses después de la reunión antes indicada (el 29 de mayo de 2020), el Presidente de Costa Rica y el Director General de la OMS presentaron oficialmente una iniciativa proponiendo el acceso mancomunado a la tecnología contra el COVID-19, con la que se pretende que se pongan a disposición de todos «las vacunas, las pruebas, las técnicas diagnósticas, los tratamientos y otros instrumentos fundamentales para la respuesta al coronavirus», en tanto que bienes públicos globales (35). La iniciativa se articula sobre la participación voluntaria de Estados, Organizaciones Internacionales y otros agentes interesados y expertos en el denominado Repositorio libre de recursos técnicos relacionados con el COVID-19.

Por último, no podemos olvidar la cooperación existente para que los países más pobres reciban las dosis necesarias para inmunizar, al menos, a un veinte por ciento de su población. Para ello, contamos con el programa COVAX, en el que participan, junto con la OMS, la Alianza para las vacunas GAVI y la fundación CEPI y en el que colaboran entre otros UNICEF y el Banco Mundial (36). COVAX es un programa incorporado en el denominado ACT, el acelerador de acceso a las medidas anti COVID-19, en el que los Estados, la Unión Europea o la Fundación Bill y Melinda Gates han invertido millones de dólares (entre abril y noviembre de 2020 se habían alcanzado los 5.100, aunque se necesitaban con urgencia en esa fecha 4.200, previéndose que para 2021 se requerirían 23.900 más) para hacer llegar a los Estados con economías más débiles el material necesario para prevenir

(34) La Declaración adoptada en la reunión pueden leerse en: <https://fr.unesco.org/news/contexte-du-covid-19-lunesco-mobilise-122-pays-science-ouverte-cooperation-renforcee>

(35) Puede verse con más detalle en: <https://www.who.int/es/news/item/29-05-2020-international-community-rallies-to-support-open-research-and-science-to-fight-covid-19> y <https://www.who.int/initiatives/covid-19-technology-access-pool/solidarity-call-to-action>

(36) Una aproximación a COVAX se encuentra en: <https://www.who.int/initiatives/act-accelerator/covax>. También hay información sobre COVAX en las páginas web de los socios de la OMS en este programa: <https://www.gavi.org/covax-facility> y <https://cepi.net/covax/>

(mascarillas y geles hidroalcohólicos, por ejemplo), detectar (mediante PCR o pruebas de antígenos) y tratar los casos de COVID-19.

El mecanismo ideado para lograr este objetivo es complejo, inicialmente había que implicar en él a los productores de vacunas, así, el 3 de mayo de 2021 se anunció la celebración de un acuerdo con Moderna que proporcionará quinientos millones de dosis entre el segundo semestre de 2021 y el primero de 2022 (37) y que amplía los existentes con AstraZeneca, Pfizer-BioNTech y Serum Institute of India (SII). El primer envío de vacunas internacional lo recibió Ghana el 24 de febrero de 2021, desde entonces -de acuerdo con los datos facilitados por la OMS- se han distribuido mediante este programa más treinta y ocho millones de dosis a cien Estados identificados como beneficiarios del programa. El programa COVAX está basado en la aportación, por parte de cada uno de los implicados, de las herramientas de las que dispone y en las que cuenta con sobrada experiencia. Sirva para ilustrar esta afirmación el caso de UNICEF que pone a su disposición toda su logística y buen hacer en materia de distribución y vacunación en los Estados y comunidades más vulnerables, a lo que se añade la gran credibilidad de la que goza sobre el terreno, imagen que sin duda está utilizando para que los destinatarios adquieran conciencia sobre las ventajas de la vacunación en esta ocasión.

Es innegable la importancia de la cooperación en la distribución de vacunas especialmente para permitir la vacunación de todos y todas con independencia del país, sexo, capacidad económica y cuales quiera otros posibles condicionantes que pudieran reducir la vacunación generalizada (38). Para su distribución en los países menos favorecidos económicamente resulta imprescindible el mecanismo COVAX, en el que es preciso que los Estados y los fabricantes de las vacunas le presten apoyo, solo así se podrá vacunar a toda la población mundial. Algunos Estados como Francia o Suecia, han anunciado donaciones de dosis al Programa COVAX (quinientas mil y un millón, respectivamente) (39), no sin cierta polémica, pues algunos medios de comunicación han criticado la donación sueca por haber adquirido dosis de vacunas que han decidido no utilizar con su población (en su caso, AstraZeneca). En todo caso, con independencia de cuál sea el motivo de la donación, si sirve para inmunizar a la población más vulnerable, bienvenida sea.

IV. ENSEÑANZAS PARA EL FUTURO

La crisis provocada por el COVID-19 evidenció las deficiencias de la cooperación sanitaria internacional, así como las capacidades de las Organizaciones Internacionales, especialmente las Naciones Unidas y la OMS. En cuanto a la pri-

(37) <https://www.gavi.org/news/media-room/gavi-signs-agreement-moderna-secure-doses-behalf-covax-facility>

(38) La Guía de suministro y logística: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/340088/WHO-2019-nCoV-vaccine-deployment-logistics-2021.1-spa.pdf>

(39) <https://www.gavi.org/news/media-room/france-makes-important-vaccine-dose-donation-covax>, <https://www.europapress.es/internacional/noticia-suecia-dona-millon-dosis-inutilizadas-vacuna-astrazeneca-mecanismo-covax-20210503154303.html>

mera, se ha subrayado su perfil bajo en esta situación que habría requerido mayor liderazgo por su parte. En este sentido, hay que destacar la solicitud del Secretario General de NU de un alto el fuego mundial en todos los conflictos armados existentes por la pandemia (40), no fue esta la primera ocasión en la que se refería al COVID-19 en sus declaraciones, pero sí con el propósito de que la suspensión de las hostilidades permitiera a todo el personal sanitario centrarse en combatir a la pandemia, para lo que contó con el apoyo de la Asamblea General (en su Resolución 74/306) y solo el 1 de junio el Consejo de Seguridad, en su resolución 2532, incorpora la exigencia del alto el fuego inmediato en los conflictos armados existentes, aunque a renglón seguido (§2) exhorta a la suspensión de 90 días de las hostilidades, lo que resulta difícilmente compatible con la exigencia anterior. Además, el Consejo solicita al Secretario General la instrucción y capacitación de los miembros de las Operaciones de Mantenimiento de la paz para que puedan colaborar en la prevención de la pandemia.

En las declaraciones anteriores del Secretario General a la indicada, llamaba a la solidaridad y a la responsabilidad para abordar la crisis que se nos avecinaba (41), después vendría la presentación del plan mundial de respuesta al COVID-19, con el propósito de evitar que la crisis se agudizara en aquellos lugares, comunidades o sectores más vulnerables, para lo que se precisaba de mil millones de dólares (42), contra la violencia de género en el contexto de confinamiento, las mujeres y el COVID-19, la desinformación, los efectos que la situación podría tener en los niños... en fin, abordando las distintas aristas que presentaba la situación en la que nos hemos encontrado en el tiempo transcurrido desde que se declaró la emergencia de salud pública de importancia internacional.

La respuesta de la Asamblea General a la pandemia a través de las resoluciones que ha adoptado ha sido criticada por su falta del liderazgo e impulso político esperable (43). Así tras hacer un llamamiento a la solidaridad mundial y a la cooperación internacional e identificar a la COVID-19 como «uno de los mayores desafíos mundiales en la historia de las Naciones Unidas» (resolución 74/306, de 11 de septiembre de 2020), ha reconocido el papel central en la cooperación internacional de la OMS, solicitado la intensificación de la cooperación y solidaridad internacionales, especialmente en relación con las poblaciones y personas más vulnerables, y ha realizado un llamamiento para que las respuestas a la pandemia se realicen respetando las cuestiones de género y los derechos humanos. El resto de sus resoluciones se han centrado en el apoyo a las mujeres y las niñas por el papel que desempeñan en la respuesta al COVID-19, entre otros (44). Junto con lo anterior, se ha

(40) El 23 de marzo de 2020: <https://www.un.org/sg/es/content/sg/speeches/2020-03-23/secretary-general-appeal-for-global-ceasefire>

(41) Se trata de las declaraciones de 11, 16 y 19 de marzo de 2020.

(42) <https://www.un.org/sg/es/content/sg/speeches/2020-03-25/global-humanitarian-response-plan-for-covid-19-remarks>

(43) En este sentido, Xavier PONS RAFOLS, *op. cit.*, y Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, *op. cit.*

(44) Así, la resolución 75/157 «Las mujeres y las niñas y la respuesta a la enfermedad por coronavirus (COVID-19)», la resolución 75/156, sobre el «Fortalecimiento de la respuesta rápida a nivel nacional e internacional al impacto de la enfermedad por coronavirus (COVID-19) en las mujeres y las niñas». Por su parte, la resolución 2532 (2020) del Consejo de Seguridad reconoce el papel relevante de las mujeres en este contexto y solicita que sean consideradas para idear y poner en práctica respuestas eficaces a la crisis en presencia.

adoptado una resolución referida a los «desafíos que enfrenta la gente del mar como consecuencia de la pandemia de COVID-19) para apoyar las cadenas mundiales de suministro» (resolución 75/17). La necesidad de mantener estos transportes para garantizar el suministro implica el riesgo de quienes trabajan en este sector, tengamos en cuenta que recientemente se identificó a unos marineros como primeros casos de la cepa india en España (45), por ello, pese a que se apliquen las medidas indicadas por la Organización Marítima Internacional, son personal que se arriesga a contraer la enfermedad. Por este motivo, se indican algunas cautelas, como los cambios en las tripulaciones marítimas y su identificación como trabajadores esenciales, sometidos a controles médicos frecuentes para certificar su salud, así como evitar la propagación de las posibles enfermedades que pudieran contraer en sus desplazamientos.

Más decepcionante resulta aún la actuación del Consejo de Seguridad que podría, como indican Xavier Pons Rafols y Paz Andrés Sáenz de Santamaría, haber calificado el COVID-19 una amenaza a la paz y la seguridad internacionales (46), como hizo en 2014 en relación con el brote del ébola («Habiendo determinado que el alcance sin precedentes del brote del ébola en África constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales» res. 2177 de 18 de septiembre) (47). Por su parte, la resolución 2532 (2020), de 1 de junio menciona en doce ocasiones el término COVID-19, en uno de sus considerandos afirma que «es probable que el alcance sin precedentes de la pandemia de COVID-19 ponga en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales», convengamos que en la fecha de su adopción la cifra de fallecimientos provocada por la pandemia era superior a la de 2014 y se había extendido por todo el mundo.

Pese a esa potencial calificación, la resolución no encuentra fundamento en el Sistema de Seguridad colectiva, por lo que se trata de una ocasión perdida en la incorporación de nuevas amenazas a la paz y la seguridad internacionales, que podría haber dotado de una obligatoriedad jurídica a los Estados reuentes a aplicar su contenido. Al hacerlo, el Consejo de Seguridad no ha actuado como era esperable ante una crisis de esta envergadura, pero en el proceso de reforma de las Naciones Unidas que condujo a la adopción del Documento Final de 2005 incorpora las enfermedades infecciosas en distintas ocasiones, en consecuencia, la comunidad internacional ya había reconocido la amenaza que para la seguridad internacional suponen estas enfermedades (48).

Al hilo de lo anterior, cuando se provoca una emergencia sanitaria de tal envergadura se desborda el sistema sanitario nacional, puesto que se destinan todos los efectivos a luchar contra la pandemia. Resulta imprescindible coordinar los servicios básicos de salud y los destinados a hacer frente a la emergencia no puede

(45) *Vid.* En: <https://www.elcorreogallego.es/primer-plano/ya-son-cuatro-los-marineros-con-la-cepa-india-hospitalizados-en-vigo-AY7504714>

(46) *Vid.* Xavier PONS RAFOLS, *op. cit.* p. 12; Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, *op. cit.*, pp. 82-83.

(47) Es cierto que hay alguna resolución en la que el Consejo de Seguridad se refiere a la pandemia, como la 2535 (2020), de 14 de julio de 2020, que contiene una breve mención a la COVID-19, para indicar tan solo que la juventud tendrá que enfrentarse, entre otros, a la pandemia (§10); o la posterior 2558 (2020), de 21 de diciembre de 2020, tan solo expresa su preocupación por los efectos de la pandemia en el mundo.

(48) *Vid.* En https://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/docs/wsoutcome2005_sp.pdf

producirse en detrimento de los primeros, puesto que el resto de las enfermedades no se detienen como consecuencia de la amenaza, por lo que habrán de equilibrarse las fuerzas o fortalecerse los sistemas sanitarios de modo que no quede nadie olvidado por el camino. Se trata de evitar el agravamiento, cronificación o incluso el fallecimiento como consecuencia de otras enfermedades debido a la inasistencia por centrar los esfuerzos en aquella.

Muy importante es la prevención de las enfermedades mentales que, como consecuencia de las medidas adoptadas con el propósito de responder a la pandemia, pueden haberse agudizado o desarrollado. La Asamblea General en el acto recién indicado presta atención en este aspecto fundamental de la salud al que la OMS ha dedicado un informe técnico.

Por otra parte, hay que establecer un mecanismo que permita concienciar a la población mediante información clara, directa, transparente y no contradictoria sobre la pandemia, así como de las vías de prevención y los tratamientos aplicables. Resulta más conveniente facilitar información fiable pero contrastada que dejarse llegar por la urgencia y facilitar información que haya que rectificar posteriormente. De algún modo los discursos técnico-científicos han de escucharse por encima de aquellos negacionistas cuyos comportamientos solo pueden contribuir a ampliar el índice de afectación del peligro que pretendemos evitar.

Por último, hay que repensar la OMS, cuando surgió la pandemia, como indica Paz Andrés, la pandemia se inicia en un momento en el que la confrontación en el seno de la OMS estaba *in crescendo* además de sufrir limitaciones presupuestarias (49). El funcionamiento de una Organización de estas características debe contar con fondos suficientes para abordar con éxito sus funciones y modificar los procesos institucionales para permitir una reacción todo lo rápida y eficaz que requiera la emergencia.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALMQVIST, J. «COVID-19 and human rights: conjuring up a defense of the right to science», *Real Instituto Elcano*, noviembre 2020.
- ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., «Pandemia y multilateralismo ¿eficaz?», en ARRIETA Y MARTÍNEZ DE PISÓN, J., y VELASCO CABALLERO, F., *20 reflexiones jurídicas en tiempo de confinamiento. Liber Amicorum en Homenaje a Cristina Izquierdo Sans*, Amazon, Madrid, 2020, pp. 79 ss. La idea del texto se encuentra en pp. 80-81.
- MARTÍN MORENO, J. M.^a, y GORGOJO JIMÉNEZ, L., «El papel de la OMS y de otras organizaciones supranacionales», en *Documentos. Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 7/2020, febrero. Naciones Unidas, COVID-19 and Human Rights. We are all in this Together, abril 2020.
- PETROVA GIORGIEVA, V., «Los retos de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Lecciones ante el brote de COVID-19», en GONZÁLEZ MARÍN, N., *Emergencia Sanitaria*

(49) Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, «Pandemia y multilateralismo ¿eficaz?», en Juan ARRIETA Y MARTÍNEZ DE PISÓN Y FRANCISCO VELASCO CABALLERO, *20 reflexiones jurídicas en tiempo de confinamiento. Liber Amicorum en Homenaje a Cristina Izquierdo Sans*, Amazon, Madrid, 2020, pp. 70 ss. la idea del texto se encuentra en las pp. 80-81.

COOPERACIÓN SANITARIA INTERNACIONAL (OMS)

por COVID-19. Reflexiones desde el Derecho (I), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2020, pp. 33 ss.

PONS RAFOLS, X., «La COVID-19, la salud global y el Derecho Internacional: una primera aproximación de carácter institucional», en *REEI*, núm. 39, junio 2020.

SIMÓN SORIA, F., «Emergencias de salud pública de importancia internacional. Una oportunidad para mejorar la seguridad sanitaria global», *Enfermedades infecciosas y microbiología clínica*, núm. 34-4, 2016, pp. 219 ss.

UE Y COVID-19: LA GOBERNANZA DE EUROPA POR LA UNIÓN EUROPEA

Cristina IZQUIERDO SANS*

Resumen

El presente estudio trata de llevar a cabo una cronología de las acciones relevantes de la Unión Europea desde que se desatara la pandemia provocada por la COVID-19. Son innumerables los actos adoptados por las instituciones europeas dirigidos a intervenir de una u otra forma en la crisis provocada por el virus, pero en aras de poner un poco de orden, el trabajo se ha organizado en torno a los dos ámbitos esenciales de actuación: la sanidad y la economía. No obstante estos dos ejes centrales, no he pretendido ser exhaustiva con las actuaciones llevadas a cabo por la Unión, pues el trabajo pretende sobre todo poner de relieve el cambio de gobernanza que la crisis de la COVID-19 va a suponer para Europa, lo que se manifiesta en dos hechos: uno, la Unión Europea ha sido la indiscutible protagonista en Europa en la gestión de la crisis sanitaria, a pesar de ser éste un ámbito material en el que tiene una escasa competencia atribuida; dos, la pandemia ha hecho patente que la seguridad, el bienestar y prosperidad dependen más de unos servicios públicos fuertes y bien financiados que de las empresas multinacionales y que únicamente el desarrollo de economías y sistemas financieros y de protección social fuertes y sostenibles permite a los Estados miembros dar respuestas eficaces a crisis profundas. El interrogante que ahora se cierne sobre nosotros, los ciudadanos, es si a pesar de la demostrada necesidad de lo multilateral para superar las crisis, serán los Estados miembros de la Unión capaces de reformular Europa para que funcione en esos términos.

Palabras clave

Sanidad, vacunas, mecanismo de recuperación y resiliencia, Estado de derecho, multilateralismo.

Abstract

This study tries to carry out a chronology of the relevant actions of the European Union since the pandemic caused by COVID-19 broke out. There are countless acts adopted by the

* Profesora Titular de Derecho Internacional y Unión Europea de la UAM. cristina.izquierdo@uam.es

European institutions aimed at intervening in one way or another in the crisis caused by the virus, but in order to put some order, the work has been organized around the two essential areas of action: health and the economy. Nevertheless these two central axes, the work highlights the change in governance that the COVID-19 crisis will mean for Europe, which in my opinion is highlighted by two facts: one, the European Union has been the undisputed protagonist in Europe in the management of the health crisis, despite this being a material area in which it has little attributed competence; two, the pandemic has made it clear that security, well-being and prosperity depend more on strong and well-financed public services than on multinational companies and that only the development of strong and sustainable economies and financial and social protection systems enables Member States provide effective responses to deep crises. The question that now looms over us, the citizens, is whether, despite the demonstrated need for multilateral action to overcome crises, the Member States of the Union will be able to reformulate Europe so that it works in those terms.

Keywords

Health, vaccines, recovery and resilience mechanism, rule of law, multilateralism.

SUMARIO. I. Introducción. II. La acción común en materia de sanidad. III. El mecanismo de recuperación y resiliencia de la Unión Europea. IV. El mecanismo de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión. V. La Conferencia sobre el futuro de Europa.

I. INTRODUCCIÓN

IAN McIwan declaraba hace escasos días que la pandemia había constatado dos simples proposiciones: la primera es que las catástrofes globales son posibles; la segunda –más aplastante si cabe– es que no hay soluciones para ellas sin una buena gobernanza. El escritor añade que ha quedado aplastado el axioma «el mercado puede hacer cosas, los Gobiernos no,» al que se recurre con frecuencia en sucesivos intentos de dismantlar un modelo social (1).

Lo cierto es que la Unión Europea padece –¿o padecía?– lo que se ha denominado una «clara fatiga de integración». En este sentido, Mariola Urrea ha escrito «en los últimos años, cualquier iniciativa de hacer avanzar Europa que se formulará en términos de más Europa, era inmediatamente contestada por ciudadanos, partidos políticos y también por algunos Estados, con la pregunta ¿más Europa: para

(1) *EL PAIS*, Domingo 4 de abril de 2021, Sección opinión, p. 12.

qué?» (2). Personalmente, creo que el fracaso de la Constitución Europea fue el inicio del declive de un modelo, aquel que se caracterizaba en avanzar ampliando las competencias de la Unión, una Unión que creía que caminaba hacia una Europa Federal. Hoy, ese modelo está herido de muerte, la Unión adolece de una ausencia de modelo claro y está a su búsqueda. Como declaró Ursula Von der Leyen en julio de 2019, cuando anunció la Conferencia sobre el futuro de Europa que se acaba de inaugurar, «ha habido diferentes formas de reaccionar ante los problemas que tenemos: algunos países se están convirtiendo en regímenes autoritarios, otros están comprando su influencia mundial y creando dependencias mediante inversiones en puertos y carreteras. Y otros se están inclinando por el proteccionismo. Ninguna de estas opciones es válida para nosotros. Queremos multilateralismo» (3).

En este contexto nos alcanzó la pandemia de COVID-19. Todo se evidenció el 14 de marzo de 2020 y recuerdo hacerme una reflexión: si la Unión Europea no reaccionaba, estaría muerta para siempre. No era derrotismo, pues el 17 de abril de 2020, el Parlamento Europeo aprobaba la acción coordinada de la UE para luchar contra la pandemia y sus consecuencias (4) y, en este mismo sentido, declaraba: «la pandemia ha demostrado los límites de la capacidad de la Unión para actuar con decisión y ha puesto de manifiesto la falta de competencias ejecutivas y presupuestarias de la Comisión... la Unión, en respuesta, debe llevar a cabo una reforma profunda... y debe estar dispuesta a iniciar una reflexión profunda sobre cómo aumentar su eficacia y profundizar la democracia, siendo así que la crisis actual solo acentúa la urgencia de dicha reflexión».

Es verdad que en el primer mes la respuesta de la Unión a la pandemia de COVID-19 se caracterizó por la falta de coordinación entre los Estados miembros en cuanto a medidas de salud pública, restricciones a la circulación de personas en el interior de cada país y a través de las fronteras; pero también lo es que esta Resolución del Parlamento Europeo fue el pistoletazo de salida para una intensa e inmensa intervención de la Unión en la pandemia que llega hasta hoy. Los reclamos del PE en la Resolución mencionada fueron: a) una llamada a la solidaridad entre los Estados miembros, recordando que era la misma una obligación en virtud del Tratado y formaba parte de nuestros valores europeos; b) señaló que la crisis era compartida y que solo si los Estados miembros y las instituciones europeas estaban unidas, se podría superar; c) instó a una acción europea en el sector de la salud y d) pidió una solución también europea para hacer frente a las graves consecuencias económicas y sociales. Por último, declaro que todas esas medidas debían hacerse salvaguardando la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales. Por su parte, Paz Andrés, ha puesto de relieve el verdadero significado de la solidaridad enunciada por el Parlamento Europeo: en un momento en el que existía una deriva hacia el unilateralismo de los Estados Unidos bajo la presidencia de Trump, la pandemia ha puesto a prueba el vigor del multilateralismo y las respues-

(2) URREA CORRES, M., «La UE antes y después de la pandemia», en *20 reflexiones jurídicas en tiempo de confinamiento*, Liber Amicorum en homenaje a Cristina Izquierdo Sans, 2020, p. 163.

(3) Discurso de apertura de la sesión plenaria del Parlamento europeo de Ursula Von der Leyen, el 16 de julio de 2019, en ese momento candidata a la Presidencia de la Comisión Europea. https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/opening-statement-plenary-session_es.pdf

(4) Resolución del PE, de 17 de abril 2020 (2020/2616 (RSP)). Textos aprobados, PA_ TA (2020) 0005.

tas ponen de relieve que guste o no, el multilateralismo es el único camino. Para la autora, siempre muy aguda, «ser multilateralista no significa ser dogmático o idealista, significa abogar por el único método eficaz, pues en el tratamiento de nuestros problemas comunes, no hay alternativa a un frente unido y a la cooperación». Afirmado esto, no deja de advertir que detrás del multilateralismo están, en todo caso, los Estados y en definitiva son ellos los que tienen la llave del multilateralismo eficaz, que pueda llevar a cabo «hechos contrastables en beneficio de las personas» (5).

Lo expuesto hasta ahora da un mandato de actuación de la Unión en dos ámbitos: sanidad y economía, siempre con la salvaguarda de protección del Estado de Derecho. Y estos han sido los ejes de la política europea frente al COVID-19. Si tenemos la curiosidad de adentrarnos en la cronología de la acción de la Unión Europea contra el impacto de la pandemia del coronavirus (6), podemos observar que todas las acciones encajan en uno o en otro titular. En efecto, la respuesta en el año 2020 ha sido garantizar la disponibilidad de equipos médicos, apoyar la investigación y la innovación para unos tratamientos y vacunas eficaces –lo que ha incluido el apoyo económico a las empresas investigadoras de la vacuna– y el apoyo al sector financiero y a las empresas, que ha culminado, el 18 de diciembre de 2020, con el ya famoso Acuerdo para el mecanismo de recuperación y resiliencia, del que más adelante hablaremos. Si nos trasladamos a la acción de la Unión Europea durante el año 21, tendremos los mismos ámbitos concentrados de actividad, con la particularidad de que los primeros meses del año 2021, la movilización de la Unión ha estado muy centrada en la estrategia de vacunas. Esta evidencia va a marcar la ordenación de las páginas siguientes de este estudio, pues creo que sería un esfuerzo inútil intentar ordenar la acción de la Unión de otra forma. No obstante, hay un tercer elemento que también trataré, pero que no es realmente nuevo pues se desprende del mandato de protección de los valores del Estado de Derecho y se concreta en el mecanismo de condicionalidad al respeto del Estado de derecho en los Estados miembros para la protección del presupuesto de la Unión. Este régimen de condicionalidad de pagos, préstamos y financiaciones al respeto del Estado de Derecho en un Estado miembro es extremadamente interesante y es un elemento más en la lucha por resolver uno de los mayores problemas políticos que tiene la Unión Europea actualmente: el auge de los nacionalismos populistas de corte autoritario. A mi modo de ver, no deja de llamar la atención y de ser digno de señalar que, en medio de la crisis sanitaria más grave que nadie vivo puede recordar y la consecuente crisis económica que se nos avecina, la Unión Europea ha sido capaz de mantener recto el estandarte de la defensa del Estado de Derecho. Terminaré, si se me permite, con unos breves apuntes relativos a la Conferencia sobre el futuro de Europa, que abrirá un nuevo espacio de debate con los ciudadanos para abordar los desafíos y las prioridades de Europa. Tampoco esto, en este momento, se le ha escapado a la Unión.

(5) ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., «Pandemia y multilateralismo eficaz», en *20 reflexiones jurídicas en tiempo de confinamiento...*, ob. cit. p. 79.

(6) La Unión Europea ha creado una página –que actualiza permanentemente– en la que pueden conocerse todas las medidas que la Unión ha desplegado desde el inicio de su acción en abril del 2020 hasta hoy. Se puede acceder a ella simplemente con la búsqueda por *Cronología del coronavirus*.

II. LA ACCIÓN COMÚN EN MATERIA SANITARIA

Quizás se me pueda criticar que arranque de las acciones en materia sanitaria. Cualquiera pensaría que el buque insignia de la acción de la UE en la pandemia ha sido el mecanismo de recuperación y resiliencia. Probablemente, quien así piensa tenga razón. Pero yo no puedo evitar mi asombro y cierta admiración por el hecho de que la Unión Europea, que tiene una muy limitada competencia en el ámbito de la salud pública (7), haya sido capaz de concentrar los contratos de protección personal, mascarillas, viseras, ropa de protección y fármacos en una primerísima fase de la crisis y después, marcar la estrategia de toda Europa relativa a la vacunación contra el COVID-19.

En efecto, si bien el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) reforzó la importancia de la política sanitaria, al estipular que «al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión, se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana» (art. 168, apartado 1, del TFUE), ello no obsta para que la responsabilidad primaria de protección de la salud y, en particular, de los servicios de salud, sigue siendo competencia de los Estados miembros y en ese contexto el mismo artículo 168.1 TFUE continua afirmando que «La acción de la Unión, que complementará las políticas nacionales, se encaminará a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades humanas y evitar las fuentes de peligro para la salud física y psíquica». Se trata de lo que se denomina una competencia «compartida complementaria», en la que la acción de la Unión no excluye ni desplaza la acción de los Estados miembros –como sí ocurre en la competencia compartida concurrente– sino que, muy al contrario, solo pretende complementarla.

Hasta la entrada en escena de la COVID-19, la Unión Europea había centrado sus esfuerzos en la prevención de enfermedades –como el cáncer– y en la acción común sobre salud y bienestar mental. Pero la acción sanitaria frente a la pandemia cobró fuerza muy pronto y, debo decir, de forma muy exitosa. Creo que se pueden distinguir dos líneas de actuación: la primera dirigida a aliviar la crisis sanitaria bruscamente provocada por el virus; la segunda dirigida a elaborar una estrategia de vacunas altamente eficaz y, sobre todo, igualitaria.

Por lo que se refiere a la primera línea de actuación, aliviar la situación de crisis sanitaria, las primeras actividades fueron dirigidas a la compra de equipos médicos que pudieran mejorar las condiciones de los sanitarios en muchos Estados miembros y distribuirlos en función de las necesidades –la pandemia no azotaba entonces con la misma fuerza en toda Europa– pero que alcanzara a todos. Es llamativo, por ejemplo, la limitación de la exportación de equipos de protección personal, mascarillas, viseras, ropa de protección. Se impidió que fueran trasladados a terceros países sin autorización previa de exportación, para evitar un desabastecimiento en los países de la Unión más castigados por la pandemia. Igualmente, se impulsó la capacidad de producción de equipos médicos y se creó una reserva común europea de los mismos. En abril de 2020 se movilizaron más de 3000 millones de euros del presupuesto de la Unión para apoyar al sector sanitario. Y final-

(7) Codina García Andrade, X., explica bien la limitada competencia de la Unión en el ámbito de la salud pública. Véase «La UE ante la crisis del COVID-19», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, abril 2020, pp. 125 ss.

mente, el empuje también alcanzó a los fármacos que se estaban utilizando para la cura de la enfermedad y la Unión celebró contratos con las empresas farmacéuticas para poner a disposición de los Estados miembros los tratamientos más exitosos. En esta dirección, el 17 de septiembre de 2020, el Parlamento aprobó una resolución para hacer frente a la escasez de medicamentos y mejorar la coordinación en la Unión Europea de las estrategias nacionales de salud. En definitiva, apoyo económico y distribución igualitaria de equipos y fármacos para todos los Estados de la Unión. Tras relatar esta actividad de una UE sin apenas competencias en materia sanitaria, la pregunta inevitable para un jurista es: ¿cual ha sido el fundamento de su acción? La UE ha utilizado todas las opciones posibles: desde adoptar reglamentos de ejecución para modificar y adaptar normativas existentes a las necesidades del momento, como hizo con la prohibición de las exportaciones de material sanitario (8), hasta la celebración de acuerdos con los Estados miembros y contratos en nombre de los Estados miembros, contando con la financiación del Instrumento de asistencia urgente y el Banco Europeo de inversiones.

En relación con las vacunas contra el COVID-19, el primer documento relevante es la Comunicación de la Comisión 17 de junio del 2020 (9), denominada estrategia de la Unión Europea para las vacunas contra el COVID-19. En el la Comisión declara que es necesario actuar urgentemente y que los objetivos son: a) garantizar la calidad la seguridad y la eficacia de las vacunas; b) garantizar el acceso oportuno de todos los Estados miembros y de su población a las vacunas, liderando al mismo tiempo el esfuerzo de solidaridad a nivel mundial; c) garantizar el acceso equitativo y factible para todos los miembros de la Unión Europea a una vacuna asequible y lo antes posible; y d) asegurarse de que se realizan los preparativos en los países de la Unión Europea para el despliegue de vacunas seguras y eficaces abordando las necesidades de transporte y despliegue y determinando qué grupos son prioritarios y por ello, deberían tener acceso a las vacunas desde el primer momento.

En aras de la consecución de esos objetivos, la Comisión ha llevado a cabo acuerdos de compra a través del Instrumento de ayuda de emergencia (10), lo que significa que a fin de ayudar a las empresas en el rápido desarrollo y producción de una vacuna, la Comisión celebraba acuerdos con los productores individuales de vacunas en nombre de los Estados miembros y adquiriría un derecho de compra de un número determinado de dosis de vacunas en un plazo y a un precio establecido, otorgando como contrapartida la financiación de los costes iniciales afrontados por los productores de vacunas. La Unión Europea también ha puesto a disposición de los productores de vacunas un importante nivel de apoyo económico a través de préstamos del Banco Europeo de inversiones. Este enfoque ha evitado la competencia entre los Estados miembros por la obtención de las vacunas y favorece la solidaridad entre ellos, independientemente del tamaño de su población y de su

(8) El Reglamento de Ejecución (UE) 2020/402 de la Comisión de 14 de marzo de 2020 por el que se supedita la exportación de determinados productos a la presentación de una licencia de exportación, modifica el Reglamento (UE) 2015/479 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2015, sobre el régimen común aplicable a las exportaciones (1), y en particular su artículo 5.

(9) Documento COM (2020) 245 final. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo. Al Consejo Europeo y al Banco de inversiones. Bruselas 17 de junio 2020.

(10) https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/emergency-support-instrument_en

poder adquisitivo. Además, es un enfoque que ha mejorado la posición negociadora de la Unión Europea con la industria.

Para el éxito de este plan ha sido indispensable establecer criterios comunes de selección de las vacunas experimentales, desde el rigor del enfoque científico y la tecnología utilizada, hasta la velocidad de entrega, el coste y la cobertura de las distintas tecnologías. La Unión Europea también ha llevado a cabo una acción común en la autorización de las vacunas. La Agencia Europea del Medicamento ha creado un grupo operativo para interactuar con los investigadores de las vacunas y se ha puesto en marcha un procedimiento acelerado de autorización, flexibilizando los requisitos de etiquetado y envasado. En términos generales, se puede decir que se trata de un proceso regulador flexible, pero también robusto.

Con este planteamiento, el 21 de diciembre del 2020, 9 meses después del inicio de la crisis, la Comisión Europea concedió una autorización a la primera vacuna contra el COVID-19, desarrollada por Pfizer; el 6 de enero de 2021 fue concedida la autorización para la vacuna desarrollada por Moderna; el 29 de enero de 2021 le tocó el turno a AstraZeneca y el 11 de marzo del 2021 ha sido autorizada la vacuna de Johnson and Johnson. Autorizadas las vacunas, una nueva Comunicación (11) de la Comisión solicitaba a los Estados miembros que aceleraran el despliegue de la vacunación en toda la Unión Europea y ampliaba su estrategia de vacunas, creando un grupo operativo para intensificar la capacidad de producción de vacunas y funcionar como ventanilla única para los fabricantes que necesiten apoyo, así como detectar y abordar los cuellos de botella que pueden afectar a la capacidad y a la cadena de suministro. La Comisión ha desatado una actividad frenética desde enero de 2021, desde nuevos acuerdos con los fabricantes para dosis adicionales hasta un plan de preparación para las nuevas variantes, pasando por el apoyo a la vacunación en terceros Estados (12).

La estrategia de la Unión resulta en el siguiente titular de *El País* el 13 de mayo de 2021: «La mortalidad por COVID cae un 90 % al avanzar la vacunación». Desde mi punto de vista la acción de la UE en el ámbito de la vacunación contra el COVID-19 pone de manifiesto los elementos esenciales en los que creo que se asentará nuestro futuro: uno, gobernanza de la Unión, dos, la relativa importancia de que la Unión tenga competencia en la materia en la que necesita actuar, y tres, la decidida apuesta de la Unión por la democracia y el Estado de Derecho, porque detrás de convertirse en la protagonista de la financiación, autorización y distribución de las vacunas, está el objetivo de evitar que la brecha de la desigualdad económica y social entre Europa oriental y occidental cobre tal profundidad que no solamente permita el crecimiento de políticas populistas de corte autoritario, sino que provoque la ruptura definitiva de la ilusión de que exista una sola Europa.

(11) Documento COM (2021) 35 final, Un frente común para derrotar a la COVID-19. Bruselas, 19 de enero 2021.

(12) También es muy interesante la propuesta de la Comisión para un certificado verde digital, que incluya la vacunación y las pruebas COVID personales. Se trata de un enfoque a escala de la Unión Europea para facilitar la libre circulación dentro de la Unión basada, en el respeto a la no discriminación y a los derechos fundamentales de la ciudadanía europea. Los Estados miembros son los encargados de ejecutar este certificado verde de digital. Véase: Documento COM 2021 (129) final, *Por una senda común hacia una reapertura segura y sostenida por una senda común hacia una reapertura segura y sostenida*, Bruselas, 17 de marzo 2021.

III. EL MECANISMO DE RECUPERACION Y RESILIENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA (MERER)

A. ALGUNOS TRAZOS GENERALES DEL MERER

El Consejo Europeo aprobó el 21 de junio de 2020 la creación del programa *Next Generation EU*. Se afirma que es el mayor instrumento de estímulo económico jamás financiado por la Unión Europea, en respuesta a la crisis sin precedentes causada por el coronavirus y que tiene como objetivo responder de manera conjunta y coordinada a una de las peores crisis sociales y económicas de nuestra historia y contribuir a reparar los daños causados por el COVID-19. Pero a mi juicio, es muy importante saber lo denominado *Next Generation* es algo bastante más profundo: la crisis económica y social extrema que la pandemia nos deja, ha sido aprovechada por la UE para enfrentar a todos los Estados miembros a un difícil reto: un cambio de modelo económico y social. La Unión está dispuesta a financiar en cambio de modelo, incluso a través de subvenciones, pero no apoyará recuperaciones económicas sin transición a un cambio. El reto, por tanto, no es salir de la crisis provocada por la pandemia, sino saber aprovechar la financiación disponible para asumir el reto del cambio de nuestros sistemas financieros y sociales y, de la mano de esa transformación, saldremos de la crisis. Si lo pensamos bien, este planteamiento es el que encaja con el propio nombre del instrumento *Next Generation EU* y, leído en esa clave, me parece que es mucho más fácil entender su arquitectura, de la que ahora hablaremos.

En el marco de la iniciativa *Next Generation EU*, en una segunda fase (13) se crea el Mecanismo Europeo de Recuperación y Resiliencia (MERER) (14), instrumento que pone a disposición de los 27 Estados miembros hasta 672.000 millones EUR. Se enuncia en el propio Reglamento que el objetivo específico del MERER «será proporcionar a los Estados miembros ayuda financiera para que alcancen los hitos y objetivos de las reformas e inversiones establecidos en sus planes de recuperación y resiliencia. Se perseguirá ese objetivo específico en estrecha y transparente cooperación con los Estados miembros en cuestión» (art. 4). Resulta muy interesante que el mecanismo ha ofrecido dos vías o instrumentos para la obtención de fondos: uno, las llamadas transferencias no reembolsables –312.000 millones de

(13) La primera fase del Instrumento de Recuperación (IRE) de la Unión Europea para apoyar la recuperación tras la crisis de la COVID-19 se cierra el día 22 de diciembre de 2020, con la publicación en el *Diario Oficial de la Unión* de tres disposiciones comunitarias de la máxima importancia para el proceso de recuperación tras la crisis de la COVID-19 entre las que destaca el Reglamento (UE) 2020/2094 del Consejo de 14 de diciembre de 2020 por el que se establece un Instrumento de Recuperación de la Unión Europea para apoyar la recuperación tras la crisis de la COVID-19, que es realmente una autorización a la Comisión Europea a endeudarse hasta 750.000 millones de euros en nombre de la Unión (pp. L 433 I/23 ss.). Este Reglamento entró en vigor el 23 de diciembre de 2020 (art. 6) y en su artículo 2.1 dispone que «se financiará con un importe de hasta 750.000 millones EUR (a precios de 2018) sobre la base de la facultad prevista en el artículo 5 de la Decisión sobre recursos propios».

(14) Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia entro en vigor el día siguiente al de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, esto es, el 13 de febrero de 2021 (art. 36). *DOUE* de 18 de febrero de 2021.

euros– y dos, préstamos reembolsables –hasta 360.000 millones de euros–(15). Las denominadas transferencias no reembolsables son en realidad subvenciones para llevar a cabo proyectos que encajen en el incremento de las inversiones públicas y las reformas de los Estados miembros para lograr una recuperación económica sostenible y resiliente al tiempo que se promueven las prioridades ecológicas y digitales de la Unión. El mecanismo tiene cuatro objetivos económicos y sociales principales: promover la cohesión económica social y territorial de la Unión Europea, fortalecer la resiliencia y la capacidad de ajuste de los Estados miembros, mitigar las repercusiones sociales y económicos de la crisis del COVID-19 y apoyar la transición ecológica digital (16).

El mecanismo de recuperación y resiliencia no sustituye a los fondos estructurales, son instrumentos distintos y paralelos. El mecanismo es un instrumento financiero desarrollado en el marco de un plan extraordinario, de duración limitada y financiado con recursos adicionales, integrados en el presupuesto a largo plazo de la Unión Europea para el periodo 2021-2027, en el que también se incluyen los tradicionales fondos de la política de cohesión. Son recursos diferentes.

Añadido a esto tenemos el REAC EU (Ayuda a la Recuperación para la Cohesión y los Territorios de Europa, de 47.000 millones de euros), que es una iniciativa que persigue ampliar las medidas de respuesta a la crisis y de reparación de la crisis. Esta iniciativa contribuirá a preparar una recuperación ecológica, digital y resiliente de la economía. El paquete REACT-EU son fondos adicionales que se pondrán a disposición del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), el Fondo Social Europeo (FSE) y el Fondo de Ayuda Europea para las Personas Más Desfavorecidas (FEAD) para el período 2014-2020. De nuevo, las ayudas vinculadas a proyectos de transformación ecológica y digital para una economía resiliente.

El criterio de reparto del mecanismo garantiza un apoyo financiero mayor a aquellos Estados miembros cuya situación económica y social se haya deteriorado más como consecuencia de la pandemia y las medidas de restricción de la actividad económica necesarias para combatir el COVID-19. En este contexto, aplicando los indicadores que se usarán España recibiría un total aproximadamente de 60.000 millones de euros en transferencias no reembolsables y podría acceder a un volumen máximo de préstamos de 80.000 millones de euros. Para alcanzar las cantidades que puede recibir, cada Estado miembro debe diseñar un Plan Nacional de recuperación y resiliencia que incluya las reformas y los proyectos de inversión necesarios. Los Estados miembros pueden presentar sus planes nacionales de recuperación y resiliencia para su evaluación desde la entrada en vigor del mecanismo. La Comisión evaluará los planes nacionales sobre la base de criterios transparentes para definir si contribuyen a abordar eficazmente los problemas económicos identificados y las recomendaciones que ella misma ha hecho. Dispone de 2 meses desde la recepción oficial del Plan Nacional para proceder a su evaluación y tras la evaluación positiva, se podrá iniciar el desembolso de los fondos. No obstante, es

(15) El desembolso de estos importes tanto los préstamos como las transferencias se realizará a lo largo de 6 años hasta finales de 2026 y siendo las préstamos los únicos que deben devolverse se ha puesto a la fecha de 31 de diciembre de 2028 para su devolución.

(16) Sobre el Mecanismo de recuperación y resiliencia de la Unión Europea aún no se ha escrito demasiado. De los primeros estudios ha sido el de Alberto Tapia Hermida, «El Mecanismo de recuperación y resiliencia de la Unión Europea», en: *La Ley Unión Europea*, núm. 90, marzo 2021.

muy importante señalar que todas las inversiones y gastos provenientes del MERER están sujetos a la normativa de competencia y de ayudas de Estado, que constituye la base para garantizar unas reglas de juegos equitativas para las empresas que participan en el mercado interior. Aunque es cierto que la normativa ha sido flexibilizada de manera temporal por la Comisión Europea, para permitir a los países miembros de la Unión Europea sostener a sus economías durante la pandemia, no hay que olvidar que las ayudas deben notificarse a la Comisión antes de su otorgamiento y que el desembolso se realiza a lo largo de seis años y está condicionado al cumplimiento de los objetivos comprometidos.

B. EL PLAN NACIONAL DE ESPAÑA DE RECUPERACIÓN

El 7 de octubre de 2020 el presidente del Gobierno de España presentó el Plan Nacional de recuperación y la Resolución de 29 de abril de 2021 publicó el acuerdo del Consejo de Ministros, de 27 de abril de 2021, por el que se aprueba el Plan de Recuperación transformación y resiliencia (17).

El Plan de Recuperación, diseñado para los próximos tres años, está inspirado en la Agenda del cambio, en la Agenda 2030 y en los ODS de NNUU. Va a movilizar en los próximos tres años el 50 % de los recursos con los que cuenta España, es decir, el Plan guía la ejecución de cerca de 72.000 millones de euros entre los años 2021 y 2023 y además cumple con precisión las prioridades de los fondos europeos de recuperación: la inversión «verde» representa más del 37 % del total del Plan y la digitalización cerca del 33 %. Se estructura en torno a las cuatro transformaciones que el gobierno ha situado desde el principio en el centro de la estrategia de política económica: la transición ecológica, la transformación digital, la igualdad de género y la cohesión social y territorial. El Plan se concibe como un proyecto de país que traza la hoja de ruta para la modernización de la economía española, la recuperación del crecimiento económico y la creación de empleo, tras la crisis del COVID-19, así como para preparar al país para afrontar los retos del futuro.

En nuestro país, una pregunta relevante es si podrán las Comunidades autónomas y otros entes territoriales menores, como las entidades locales, gestionar los fondos europeos y presentar proyectos al Plan Nacional de recuperación y resiliencia. En este sentido es importante señalar que el Gobierno se ha comprometido a impulsar la cogobernanza para la ejecución de los fondos con las Comunidades Autónomas a través de una Conferencia Sectorial específica, en la medida en que muchos de los ámbitos en los cuales se emplearán los fondos son competencias autonómicas. Las comunidades autónomas harán acuerdos cada año con la Administración central. En los acuerdos deciden cómo gestionar los fondos para conseguir los objetivos del Plan de Recuperación. Por lo que se refiere a otras entidades locales también tendrán una participación activa, tanto en la propuesta como el desarrollo de los proyectos, articulándose mecanismos de colaboración para poner a su disposición también en el ámbito de sus propias competencias parte de los fondos europeos. Las entidades locales pueden presentar y desarrollar proyectos.

(17) *BOE* núm. 103, de 30 de abril de 2021, pp. 51346 ss.

IV. EL MECANISMO DE CONDICIONALIDAD PARA LA PROTECCIÓN DEL PRESUPUESTO DE LA UNIÓN

Cuando en el inicio de este trabajo hemos hablado de la acción de la Unión Europea ante la crisis provocada por la COVID-19, hemos añadido siempre a las acciones y medidas tomadas, la coletilla que la Unión ha incorporado a toda su actividad que se concreta en la defensa del Estado de derecho y su compromiso con la democracia y los derechos fundamentales. En coherencia con esta cuestión, cuando la Unión Europea adopta las primeras medidas del instrumento de recuperación de la Unión para apoyar la crisis de la COVID-19, el 22 de diciembre de 2020, una de las normas que se publica es el Reglamento 2020/2092, que establecía un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión, aplicable desde el 1 de enero de 2021.

Como ha dicho Elena Torroja (18), para el observador inquieto por la deriva nacionalista autoritaria en Europa, la adopción de este reglamento ha sido bienvenida, especialmente cuando se sabe que su negociación previa ha estado envuelta en las tensiones motivadas por la oposición al mismo de Hungría y de Polonia. Los acontecimientos ocurridos con Polonia y Hungría contra los principios esenciales del Estado de Derecho pusieron de manifiesto que los mecanismos existentes en el Derecho de la Unión Europea para prevenir y sancionar las vulneraciones de este valor, protegido por el artículo 2 TUE, no son eficaces. Esta circunstancia es la que ha provocado que, en el marco de las medidas de la Unión para apoyar la crisis de la COVID-19, la UE haya querido aprovechar la oportunidad de incorporar un mecanismo nuevo de control de las vulneraciones de los valores del Estado de Derecho en los Estados miembros. La aprobación de este mecanismo ha sido complicada y tuvo una férrea oposición de Hungría y Polonia en sus inicios y aunque la Unión ha tenido que ceder y el Reglamento adoptado hace más exigente y difícil la adopción de medidas de lo que inicialmente se pretendía, debemos en todo caso celebrar la adopción de este mecanismo.

De las exigencias a las que se ha tenido que atender para conseguir la adopción del Reglamento, conviene resaltar dos. La primera de ellas es que la puesta en marcha del mecanismo de condicionalidad «debe respetar plenamente la identidad nacional de los Estados miembros». Esta declaración cobra sentido en la medida en que se conozca que, tanto Hungría como Polonia, defienden sus acciones bajo la cobertura de su propia identidad nacional y su forma de entender la democracia, a la que denominan democracia liberal. La segunda limitación que se ha tenido que incorporar, es que el objeto del mecanismo es proteger el presupuesto de la Unión y que las asignaciones presupuestarias no alcancen a los Estados que planteen problemas con los principios del Estado de derecho –las medidas pueden incluir la suspensión de los pagos la reducción de la financiación prevista la prohibición de contraer nuevos compromisos–. En este contexto, en la medida en que el objeto del mecanismo es proteger el presupuesto de la Unión, se ha establecido como condición para su aplicación que la vulneración de los principios del Estado de derecho

(18) Elena TORROJA MATEU, «Aproximación general al mecanismo de condicionalidad –al respeto del Estado de derecho en los Estados miembros– para la protección del presupuesto de la Unión», en *La Ley Unión Europea*, núm. 90, marzo 2021.

esté vinculada, de manera precisa y estricta, con la buena gestión financiera y con la protección de los intereses financieros de la Unión. Esto significa que para que se puedan adoptar medidas de condicionalidad, no basta con que exista una vulneración de los principios del Estado de Derecho por parte de un Estado miembro, sino que se ha de determinar que esa vulneración afecta o amenaza gravemente la buena gestión financiera y los intereses financieros de la Unión, de modo suficientemente directo. La Unión tendrá que concentrar sus esfuerzos para constatar que se cumplen los estrictos requisitos, si bien el propio reglamento establece una lista de supuestos en los que puede encontrarse esa conexión, como por ejemplo la existencia de órganos jurisdiccionales independientes que son los que efectúan un control judicial y efectivo de los comportamientos de las autoridades responsables de la gestión financiera (art. 4.2).

V. LA CONFERENCIA SOBRE EL FUTURO DE EUROPA

La Conferencia sobre el futuro de Europa fue anunciada por la Presidenta de la Comisión –entonces candidata– en su discurso de apertura de la sesión plenaria del Parlamento Europeo, en Estrasburgo, el 16 de julio de 2019 (19). La situación de pandemia ha pospuesto su inauguración hasta el cercano 9 de mayo de 2021. La diferencia de esta conferencia en relación con todos los anteriores procedimientos de modificación de los tratados de la Unión, es que sea abierto al diálogo con la ciudadanía. Se trata de evitar lo que en el pasado se hizo y falló: una Convención Europea en la que se decide, en pequeño comité, cuál debe ser el futuro de Europa y después se somete esa decisión a consulta ciudadana. La intención es una oportunidad real para socializar la Unión Europea y se ha hablado de democracia deliberativa después sometida a consulta ciudadana. Pero tras esa romántica propuesta está la dificultad de que algo así tenga un contenido real.

La Declaración conjunta relativa a la Conferencia sobre el Futuro de Europa del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión (20) es, hasta ahora, el documento más elaborado que existe sobre ella y no es de largo alcance (21). en el texto de la Declaración, los tres Presidentes se comprometen a que la Conferencia sea un ejercicio de opinión en sentido ascendente, centrado en los ciudadanos. Para ello, lo que pretenden es que en toda la Unión se organicen actos y debates en el marco de la Conferencia a través de una plataforma digital multilingüe interactiva. Ello no obstará para que los Estados miembros puedan organizar actos adicionales, en consonancia con sus propias especificidades nacionales y realizar así nuevas contribu-

(19) https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/opening-statement-plenary-session_es.pdf. Sobre la Conferencia, véase: Francisco Aldecoa: https://www.infolibre.es/noticias/opinion/plaza_publica/2021/03/13/se_convoca_conferencia_sobre_futuro_europa_ambiente_falta_atencion_opinion_publica_espanola_117930_2003.html

(20) https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/es_-_declaracion_conjunta_relativa_a_la_conferencia_sobre_el_futuro_de_europa.pdf

(21) Se pueden consultar otros documentos de las Instituciones como son: Conferencia sobre el Futuro de Europa: posición revisada del Consejo (3 de febrero de 2021); Comunicación de la Comisión acerca de la Conferencia sobre el Futuro de Europa (22 de enero de 2020); Posición del Parlamento Europeo sobre la Conferencia sobre el Futuro de Europa (15 de enero de 2020).

ciones a la Conferencia. Lo que se pretende es escuchar a la ciudadanía qué espera de Europa y que sea ese el punto de partida y el referente para la modificación de la Europa actual y el dibujo de la nueva Europa. La Conferencia en su actividad podrá tratar los temas y retos que afectan a la Unión Europea y se basa en los principios de inclusividad apertura y transparencia. Está por ver, cuál será el contenido de todos estos ideales.

Anu Bradford, profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia (NY), había publicado antes de la pandemia un conocido ensayo denominado «El efecto Bruselas. Como la Unión Europea gobierna el mundo (22)». Su idea central era que la Unión Europea tiene la capacidad para fijar las reglas de la economía mundial, pues si bien no tiene un ejército, ni una posición diplomática unificada, posee algo mucho más importante, pues es el mercado único más grande del mundo y gracias a él impone cambios en muchos países que benefician a cientos de millones de personas. La experta en comercio internacional, ha declarado que el liderazgo mundial y el poder de la Unión Europea ha aumentado con la crisis de la COVID-19, pues la pandemia no ha acabado con la globalización, como muchos expertos predijeron. Así las cosas, finalizó cómo empecé: la pandemia no ha hecho sino hacer aún más palpable la interdependencia entre los Estados, la necesidad de lo multilateral y los beneficios de la puesta en común no solo en las economías, sino de los valores y de las políticas sociales públicas.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, Paz, «Pandemia y multilateralismo eficaz», en *20 reflexiones jurídicas en tiempo de confinamiento*, Liber Amicorum en homenaje a Cristina Izquierdo Sans, 2020, p. 79.
- LLOVERÁS, José María, «La conferencia sobre el futuro de Europa. Alcance y límites», *Publicaciones del CIDOB, CIDOB Opinión*, núm. 662, abril 2021.
- ODINA GARCÍA ANDRADE, Xavier, «La UE ante la crisis del COVID-19», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, abril 2020, pp. 125 ss.
- ORTEGA GÓMEZ, Marta, «Resiliencia de la Unión Europea en escenarios de crisis: de la crisis del euro a la crisis COVID», en Ana Badía, Laura Huici, Ana Sánchez Covaleda (Eds.), *Las organizaciones internacionales en el siglo XXI*, Marcial Pons, 2021, pp. 301 ss.
- TAPIA HERMIDA, Alberto, «El Mecanismo de recuperación y resiliencia de la Unión Europea», en *La Ley Unión Europea*, núm. 90, marzo 2021.
- TORROJA MATEU, Elena, «Aproximación general al mecanismo de condicionalidad –al respeto del Estado de derecho en los Estados miembros– para la protección del presupuesto de la Unión», en *La Ley Unión Europea*, núm. 90, marzo 2021.
- URREA CORRES, Mariola, «La UE antes y después de la pandemia», en *20 reflexiones jurídicas en tiempo de confinamiento*, Liber Amicorum en homenaje a Cristina Izquierdo Sans, 2020, p. 163.

(22) Anu BRADFORD, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, 2020.

