

FORO DE DEBATE

ASPECTOS JURÍDICOS DEL ESTADO DE ALARMA Y LA PANDEMIA COVID-19

COMENTARIO DEL DIRECTOR DE LA REVISTA, JUAN MANUEL DE FARAMIÑÁN GILBERT

A finales del año 2019 y comienzos del 2020, la comunidad internacional se ha visto convulsionada por el desencadenamiento de una pandemia provocada por el contagio sumamente infeccioso y masivo del coronavirus (COVID-19) y rápidamente globalizada a nivel mundial.

Se trata de un virus que pertenece a la familia de los *Coronaviridae* relacionado con el SARS-CoV-2 y enfermedades víricas como el zika o el ébola y su apelativo se debe al parecido que el virus presenta en su parte exterior con la corona solar. Por su parte, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha propuesto el acrónimo de la COVID-19, en el que une los términos ingleses de virus (**CO**rona**VI**rus) y enfermedad (**D**isease), junto a la cifra **19** por haberse detectado a finales de 2019 en la ciudad de Wuhan (provincia de Hubei) en China. Por lo que el acrónimo señalado podría traducirse como “enfermedad producida por el coronavirus”.

En los primeros días de enero de 2020 la OMS la definió como “enfermedad respiratoria aguda provocada por 2019-nCOV” (es decir: **2019-novel CoronaVirus**) hasta que finalmente, en el mes de febrero, se le denominó “*novel coronavirus named ‘Covid-19’: WHO*”.

Por las informaciones suministradas por el Centro Chino para el Control y Prevención de Enfermedades (CCDC), los primeros síntomas de neumonía se detectaron en trabajadores del mercado de Wuhan en diciembre de 2019, lo que permitió que los científicos chinos pudiesen aislar el virus y secuenciar su genoma, estando en condiciones de enviar estos datos a la OMS en enero de 2020. El informe indicaba que las causas de la neumonía no se habían producido por infecciones similares, tales como el SARS, o el MERS, o la gripe, o la gripe aviar, o cualquiera de las otras enfermedades respiratorias conocidas y que, aunque en los primeros días se manifestaba con síntomas parecidos a una gripe común, en realidad se trataba de una mutación y de una enfermedad nueva.

Según la Revista *Nature Medicine* (abril 2020, vol. 26, 450-455), se trata de una enfermedad de origen zoonótico, debido a que probablemente habría pasado de un huésped animal (podría ser un murciélago) a un ser humano. No obstante, también se han elevado voces que consideran que puede tratarse de un virus de diseño que se hubiese escapado del laboratorio de microbiología del Instituto de Virología de Wuhan, donde el equipo dirigido por Shi Zhangli fue el primero en identificar la secuencia genética del nuevo coronavirus (2019-nCoV).

Dado que por el momento no se conoce un tratamiento efectivo contra esta enfermedad, la OMS ha recomendado ir avanzando a través de ensayos aleatorios hasta que se logre descubrir una vacuna contra el virus.

Como consecuencia de que esta enfermedad presenta una tasa de letalidad muy alta y que la pandemia se ha extendido a todas las regiones del planeta, los organismos oficiales y los Estados han determinado medidas de confinamiento para evitar la

propagación de los contagios, lo que ha dado lugar a métodos de prevención como la cuarentena de 14 días, el aislamiento y distanciamiento corporal, el uso de mascarillas o el fomento de la higiene personal intensiva.

Pero esta pandemia y la correspondiente declaración del estado de alarma conllevan numerosos efectos jurídicos que queremos plantear en este foro de debate a nuestros colegas de la Universidad de Jaén. Tras el preceptivo llamamiento, un total de dieciocho profesores y profesoras de las distintas Áreas jurídicas se han brindado a participar y responder a las dieciocho cuestiones formuladas en este foro de debate y opinión en torno a la temática de los aspectos jurídicos en relación al estado de alarma y a la pandemia COVID-19.

Así, reunido el Equipo Editorial, en consenso con el Consejo Editorial de la Revista, queremos referenciar nuestro agradecimiento a la profesora doctora María José Carazo, miembro de nuestro Consejo, por haber puesto encima de la mesa esta sugerente propuesta temática que ahora abordamos, y que mediante la cual procedemos a formular al profesorado de la Universidad de Jaén, las siguientes diecinueve cuestiones, incorporando inmediatamente la respuesta del profesor o profesora que ha participado en cada caso, quedando manifiesto nuestro agradecimiento a los diecinueve intervinientes.

PRIMERA CUESTIÓN

Equipo y Consejo Editorial (en adelante EyCE): *Seguimos conversando con el Director de la Revista de Estudios Jurídicos, a quien le queremos agradecer que nos permita romper el hielo de este foro de debate, con el ánimo de situar a los lectores en las razones de la temática del mismo, preguntándole ¿qué medidas de protección se están implementando sobre en relación con la COVID-19?*

Respuesta: Juan Manuel de Faramiñán Gilbert. Catedrático de Derecho Internacional Público y Director de la Revista de Estudios Jurídicos.

La medida de protección más efectiva y rápida es la “cuarentena” que por razones sanitarias implica un aislamiento preventivo, al que se somete durante un cierto tiempo a personas o animales, por considerar que puedan estar infectados por un virus contagioso o para evitar que se contagien. La pregunta que ha surgido, en cuanto los gobiernos tanto europeos como mundiales han dispuesto la cuarentena, ha sido la de conocer la duración de la misma. En principio, podría parecer que deben ser cuarenta días, pero se ha indicado que no deberían ser más de catorce días de confinamiento obligatorio, que las instituciones sanitarias consideran suficiente. La duración de cuarenta días proviene del que en el siglo XIV se impuso durante la “peste negra” y el periodo cuarentena encuentra su inspiración en el número de días que se aisló Jesús de Nazareth en el desierto.

Siguiendo estos criterios, frente a la pandemia se han impuesto dos modelos: por una parte, la cuarentena de catorce días, en hospitales o recintos montados o adaptados al efecto para los afectados o los posibles portadores del virus y, por otra, el confinamiento en sus hogares para el resto de la población. Este confinamiento se ha planteado a través de la adopción, por parte del Gobierno, del “estado de alarma” que se

ha ido ampliando, de quince en quince días, hasta superar el mes y medio de confinamiento total, a partir del cual y según la evolución de la pandemia, se puede pasar a las fases de desescalada. La base jurídica para adoptar el “estado de alarma” se apoya en el artículo 116 de la Constitución Española de 1978 en el que se indica que “una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes”. El Gobierno, por medio del Real Decreto 463/2020 que entró en vigor el 15 de marzo, declaró la aplicación de estas medidas excepcionales con el fin de paliar los daños del coronavirus por un periodo de quince días prorrogables, pero en este caso, con el acuerdo del Congreso. Las autoridades competentes para el ejercicio de estas funciones excepcionales son el presidente del Gobierno y los ministros de Sanidad, Defensa, Interior y Transportes. Por su parte, el artículo 4 de la Ley Orgánica 4/1981, que regula los estados de alarma, excepción y sitio y faculta al Gobierno para asumir estas restricciones, en parte o en todo el territorio nacional, siempre que se produzcan alteraciones graves a la normalidad, tales como catástrofes, terremotos, inundaciones, crisis sanitarias como epidemias o situaciones graves de contaminación.

Sin embargo, el estado de alarma no debe presuponer efecto alguno sobre la vigencia de los derechos fundamentales, aunque, de acuerdo con lo previsto en el artículo 11 de la ley orgánica 4/1981, es posible que de manera excepcional y limitada temporalmente se restrinjan algunas libertades, limitando la circulación o permanencia de personas o vehículos en determinados lugares o en determinadas horas, llevando a cabo requisas temporales de bienes, imponiendo prestaciones personales obligatorias, ocupando transitoriamente industrias o explotaciones, racionando el consumo de artículos de primera necesidad o imponiendo órdenes específicas para asegurar el funcionamiento de los servicios públicos.

Siguiendo estos criterios, el Real Decreto 463/2020 estableció como consecuencia del estado de alerta: el confinamiento de la población, las limitaciones de tránsito de la ciudadanía marcado por la distancia de sus hogares de residencia habitual, con la excepción de acudir al trabajo o a urgencias de primera necesidad o proveerse de la adquisición de alimentos y productos farmacéuticos o acudir a entidades financieras. El debido cumplimiento de estas medidas se controla por los integrantes de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y los casos de incumplimiento se multan como infracciones a la normativa vigente de confinamiento.

Todo ello implicó la suspensión de las actividades docentes en todos sus niveles, la clausura de bares y hoteles, discotecas e instalaciones deportivas, actividades de carácter cultural, como teatros o cines y fiestas populares, desfiles o manifestaciones que pudiesen generar aglomeraciones. En los casos en los que se ha permitido la salida con carácter de excepcionalidad para acudir a la compra o a servicios esenciales, se determina acudir con mascarillas y guantes y respetar la distancia de seguridad de más o menos un metro.

Sin duda, estas medidas de protección resultan aceptables y comprensibles en la lucha contra la propagación del virus y con la voluntad de evitar los contagios, pero, también hay que señalar que deberán tener un carácter temporal y de excepcionalidad, sobre todo en casos como la geolocalización a través de los móviles o la discriminación por materia de edad o sexo. Tengamos en cuenta que en unas recientes investigaciones de las universidades de Zaragoza y de Carlos III de Madrid, el Instituto Tecnológico de Massachusetts (MIT) y la Fundación ISI italiana, han llegado a la conclusión de que el confinamiento y el distanciamiento social no resuelven todos los problemas, si estas

medidas no se complementan con la realización de pruebas de diagnóstico a gran escala, determinando el aislamiento de personas con síntomas y el rastreo inteligente de sus contactos (*COVID-19 Social Distancing Strategies*)

SEGUNDA CUESTIÓN

EyCE: *Preguntamos al profesor Faramiñán sobre el modelo que se está adoptando para la llamada “desescalada” de las medidas de protección.*

Respuesta: Juan Manuel de Faramiñán Gilbert. Catedrático de Derecho Internacional Público y Director de la Revista de Estudios Jurídicos.

La desescalada es la etapa de transición que comienza una vez que se entiende que se ha doblado la curva de transmisión del virus y se intenta alcanzar la normalidad de una manera controlada con la idea de evitar un rebrote de la pandemia. Ello supone un proceso de desescalamiento, a través de medidas en las que se valore cada paso dado antes de emprender el siguiente, para lo cual se hace imprescindible un estudio de la seroprevalencia con el fin de evaluar a la población con una radiografía global que permita conocer qué porcentaje ha superado la enfermedad.

En un estudio realizado por los epidemiólogos Joel López y Oriol Mitjà (*“Control epidemiológico COVID-19” /Adaptado del Plan de Andorra/ 03/04/2020*) se considera que dentro de un futuro escenario probable la transmisión del SARS-CoV-2 no se podrá eliminar a corto plazo, por lo que prevé que se originen brotes recurrentes. Por ello, se proponen cuatro pilares sobre los que debería sustentarse la desescalada: 1) Un desconfinamiento secuencial, según el cual sería necesario monitorizar a la población de riesgo manteniendo la reclusión en sus hogares y se permitiría salir a la población más joven y sana; 2) Una evaluación de la inmunidad, mediante pruebas rápidas serológicas para medir los anticuerpos a los que se les conceda un “certificado de inmunidad”; 3) La detección precoz de nuevos casos y seguimientos de sus contactos para detectar posibles focos de futuras infecciones, para lo que se recomienda pruebas rápidas de antígeno o PCR (reacción en cadena de la polimerasa/*Polymerase Chain Reaction*) y 4) Medidas de confinamiento focalizadas, en las llamadas “zonas calientes” que implicarían, en el caso del surgimiento de un brote preocupante, confinamientos parciales en zonas geográficas determinadas.

Como puede deducirse de las medidas señaladas, si bien se encuentran temporalmente justificadas en la realización de un esfuerzo por proteger la salud de la ciudadanía, también, hay que reconocerlo, presentan un delgado límite en el que pueden verse afectados los derechos individuales y el respeto a la intimidad. Aún resulta más preocupante la aplicación app que ya se está utilizando en China del *Suishenban*, como sistema de Big Data, que funciona a través del código QR y que determina la posibilidad de concurrir a locales públicos según un registro “obligatorio” que cada uno tenga en el móvil. Es decir, que, si aparece el Código Verde, el certificado acredita que hay ausencia de síntomas y, por tanto, la persona puede acudir a los espacios públicos; si presenta el Código Amarillo, sería obligado a aislarse durante siete días ante la sospecha de haber estado en contacto con alguien infectado. Si presenta el Código Rojo, estará obligado a permanecer en cuarentena durante dos semanas por considerarse que es portador de la COVID-19.

La desescalada no solo deberá regir los comportamientos de carácter personal y la salud de la ciudadanía sino también los efectos que la pandemia ha tenido sobre la economía y los modos en los que se debería recuperar el poder adquisitivo perdido por la inactividad económica que han generado las restricciones de apertura y movimiento de empresas, locales y personas. Por esta razón convendría tener en cuenta la opinión de los economistas.

Para Carlos Berzosa, catedrático de economía aplicada, en una entrevista sobre “50 opiniones para salir de la crisis” (*Invertia/El Español*, 26/04/2020) indica que “esta pandemia ha cogido a la economía española y a otras del mundo en una situación de alto riesgo”. Por lo que propone plantear un plan de acción y para eso “sería importante tener una concertación de empresarios y sindicatos y por ello sería oportuno que hubiese un consenso político para saber qué tipo de economía queremos y ver los sectores por los que podemos apostar para que sean motores de otros”. Para Antonio Martín Mesa, catedrático de economía aplicada (*Diario Jaén*, 18/04/2020) “la recuperación económica de España después de la pandemia debería comenzar por impulsar el consumo privado e incentivar la inversión productiva que requieren el aplazamiento de impuestos e, incluso, la reducción de algunos a las capas medias y bajas de la sociedad, incrementar las prestaciones por desempleo, las subvenciones a la inversión empresarial, el desarrollo de infraestructuras estratégicas, aumentar el gasto público inherente a la sociedad del bienestar, fundamentalmente en apoyo de la sanidad pública, que tan esencial se nos ha revelado en la pandemia”. Como bien apunta, se hace necesario “adoptar medidas de choque que nos permitan afrontar con celeridad la situación y salir con las menores heridas posibles. Sí, también es verdad que los rotos actuales habrán de pagarlos las generaciones venideras, durante muchos años, y a eso hay que llamarle *solidaridad intergeneracional*”.

Aquí el catedrático Martín Mesa apunta sobre un tema crucial, como es el equilibrio intergeneracional dado que la deriva que ha provocado la pandemia está generando, como una especie de efecto colateral, una discriminación peligrosa en materia de edad a la que los expertos han llamado “edadismo”. Como bien se apunta en la Declaración Pública “Más intergeneracionalidad, Menos edadismo” (*Macrosad, Universidad de Granada*, 15/04/2020) elaborado por la Comisión Mixta de la Cátedra Macrosad de Estudios Intergeneracionales, haciendo hincapié en que “investigaciones solventes han constatado la prevalencia internacional del edadismo, en especial, contra personas mayores”, por lo que debe tenerse en cuenta que con argumentos sin duda plausibles ante la pandemia, no obstante, se han dictado normas de comportamiento que afectan a determinados tramos de edad como el de los niños y el de los mayores. Sin duda, argumentos encomiables si se trata de proteger su salud, pero, sin embargo, habrá que tener mucho cuidado porque este tipo de “catalogaciones” generan perjuicios psicológicos que pueden derivar en discriminación o estigmatizaciones por razón de edad sin duda nocivas.

Se indica en la citada Declaración Pública que “la discriminación por edad supone un importante riesgo para el bienestar y la salud de las personas de más edad en términos psicológicos, comportamentales y fisiológicos” e insiste en que los pacientes de mayor edad deberán ser tratados en las mismas condiciones que el resto de la población” haciendo referencia a “que sería inaceptable descartar a una persona enferma por COVID-19 por superar una edad”, como de hecho se ha sugerido en algunos países de Centroeuropa.

Como puede deducirse, la pandemia ha desconfigurado los clásicos modelos de comportamiento social y está dando lugar a aplicaciones de control que con el argumento de la salud pública pueden llegar a menoscabar nuestros derechos como seres humanos.

La crisis de comunicación social, la crisis económica, la crisis de valores relacionados con la edad, la incertidumbre de un rebrote, son sólo síntomas de lo que puede depararnos el futuro, una vez superados los grados agudos de la pandemia. Cabe preguntarse si algunos Estados aprovecharán estas crisis para perpetuar estas limitaciones a las libertades individuales y de este modo controlar con mano férrea a sus ciudadanos con un modelo orwelliano y totalitario.

Deberíamos oponernos a que esto pueda ocurrir. La lucha por los derechos humanos y las garantías individuales ha sido larga y dura como para que nos olvidemos de las premisas que protegen a la dignidad de los seres humanos sin distinciones de ningún tipo.

TERCERA CUESTIÓN

EyCE: *Seguimos conversando con el Director de la Revista, en estas cuestiones introductorias al foro de debate, para que nos aclare, ¿en qué medida los métodos utilizados para combatir a la COVID-19 pueden afectar a nuestras libertades individuales y modificar los comportamientos de nuestra sociedad en el futuro?*

Respuesta: Juan Manuel de Faramiñán Gilbert. Catedrático de Derecho Internacional Público y Director de la Revista de Estudios Jurídicos.

En este sentido, la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, ha indicado en relación con la COVID-19 que “las medidas de emergencia no deben ser pretexto para la vulneración de derechos” (*Oficina del Alto Comisionado ONU*, 06/04/2020) e insiste en que “nuestros esfuerzos para combatir el virus no darán resultados a menos que apliquemos un enfoque holístico, lo que significa proteger cuidadosamente a los sectores más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad tanto en términos médicos como económicos”. Además, insiste, y coincido con ella, en que “los confinamientos, las cuarentenas y otras medidas de esa índole orientadas a combatir la expansión de la COVID-19 deben aplicarse siempre en la más estricta observación de las normas de derechos humanos y de manera proporcional y ponderada al riesgo en que se incurre, pero aun así pueden repercutir gravemente sobre la vida de las personas”.

Sus palabras nos llevan a la siguiente reflexión: la pandemia ha puesto a prueba a los gobiernos y a la ciudadanía ante la necesidad de que, en los meses futuros, cuando se haya superado el periodo caliente de los contagios, se logren atenuar las repercusiones de las medidas de salud pública que se adoptaron con el fin de parapetarnos ante la propagación del virus y garantizar el respeto de todos los derechos humanos, ya sean económicos, civiles, sociales o culturales.

Por su parte, António Guterres, Secretario General de las Naciones Unidas, en su Declaración sobre la COVID-19 y los derechos humanos (*ACNUDH, ONU*, 23/04/2020) alerta sobre el hecho de que nos estamos enfrentando a “una crisis económica, una crisis social y una crisis humana que se están convirtiendo rápidamente en una crisis de derechos humanos”. Resulta preocupante el hecho de que “hemos visto

que el virus no discrimina, pero sus efectos si: sacan a la luz las profundas deficiencias en la prestación de los servicios públicos y las desigualdades estructurales que obstaculizan el acceso a ellos”. Agrega: “Vemos el aumento del discurso del odio, los ataques a grupos vulnerables y el riesgo de que la mano dura en las respuestas en materia de seguridad socave la respuesta sanitaria (...) al tiempo en el que se produce un retroceso en los derechos humanos de algunos países, la crisis puede servir de pretexto para adoptar medidas represivas con fines no relacionados con la pandemia”.

Por tales razones, la Oficina del Alto Comisionado ha insistido en la finalidad de enfrentarse con éxito ante la pandemia, pero también superar los riesgos y las tentaciones totalitarias de seguir controlando a la población cuando se haya terminado con la desescalada.

Otra cuestión controvertida es el tema de la geolocalización, dado que existen serias dudas jurídicas sobre si detectar la situación geográfica de un ciudadano estaría violando el principio de minimización de la recolección de datos, generando problemas de privacidad y de seguridad. En este sentido, el portavoz de la Comisión Europea, Johannes Barke (*COLPISA AFP*, Bruselas, 16/04/2020), indicó que el uso de estas aplicaciones debería ser voluntario y anónimo. Habrá que tener presente el hecho de que, si bien el seguimiento por GPS de las personas afectadas por el virus puede ser operativo en la lucha contra su expansión, estos sistemas deberían estar limitados en el tiempo y no prolongarse más allá del periodo de cohabitación con el virus y del final de la pandemia.

En España se deberá tener presente y respetar la aplicación de la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre sobre Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, ya que los datos obtenidos por geolocalización pueden violentar estas garantías. La Comisión Europea recuerda que “no son necesarios ni recomendables para los fines de las aplicaciones de rastreo de contactos, ya que su objetivo no es seguir los movimientos de las personas” (*COLPISA AFP*, Bruselas, 16/04/2020).

No deberíamos arriesgar los logros y libertades obtenidos desde finales de la Segunda Guerra Mundial, generando confusión en la ciudadanía al argumentar que las privaciones de la libertad y los recortes de las garantías y derechos humanos se están realizando en beneficio de la salubridad pública, pues, en todo caso, habría que aclarar que no deberían eternizarse. Debemos estar muy atentos para que en el futuro no se sigan recortando estos derechos y libertades individuales.

Por tal razón resultan muy recomendables las Directrices de la Oficina del Alto Comisionado (*Oficina del Alto Comisionado ONU*, 06/04/2020) con el fin de que “la respuesta al COVID-19 se centre en las personas”.

Básicamente son las siguientes: “a) Las estrategias sanitarias no deberían centrarse tan solo en los aspectos médicos de la pandemia, sino que deberían tratar las consecuencias que la respuesta sanitaria tiene en los derechos humanos. b) Las facultades excepcionales deben ser empleadas para legitimar metas de salud pública, no utilizarlas para aplastar o silenciar el trabajo de periodistas o defensores de los derechos humanos. c) Las medidas de contención, como el distanciamiento social o el aislamiento, deben tener en cuenta las necesidades de las personas que necesitan apoyo de otros para alimentarse, vestirse y asearse. Muchas personas, entre ellas personas con discapacidad, dependen de los servicios comunitarios y a domicilio. d) Es imprescindible que el aumento del control de fronteras, las restricciones de viajes o las limitaciones a la libre circulación no impidan la huida de personas que escapan de la

guerra o de la persecución. e) Los paquetes de protección social y estímulo fiscal, distribución de alimentos y la renta básica universal pueden ser una protección frente a los efectos de la crisis. f) El colectivo LGTBI también corre más riesgo durante la pandemia. g) Los Estados deben tener en cuenta los distintos conceptos de salud dentro de la población indígena y deben incluir la medicina tradicional. Por último, h) Las personas privadas de libertad en cárceles, en prisión preventiva, en detención de inmigrantes, instituciones y otros lugares de retención sufren un riesgo de infección mayor en caso de brote de enfermedad.

Esta pandemia deberá dejarnos lecciones y aprendizajes pues cuando haya pasado tendremos que enfrentarnos con el “universo post-COVID-19”, dado que los efectos psicológicos, los comportamientos sociales, la pérdida de los puestos de trabajo, la crisis económica, habrán dejado en la ciudadanía de todo el mundo una huella evidente. Sin dejarnos llevar por distopías, debemos visualizar las secuelas y los cambios de rumbo que deberemos imprimir en nuestra sociedad porque, nos guste o no nos guste, parece evidente que los modelos no volverán a ser los mismos, sin embargo, la dignidad de los seres humanos seguirá siendo la de siempre y la defensa de sus derechos no se debería haber alterado ni menoscabado.

Se habla de que, una vez terminada la desescalada, nos enfrentaremos ante una “nueva normalidad”, pero cabe preguntarse de qué “normalidad” estamos hablando puesto que este término implica recuperar los comportamientos habituales, pero al agregar el prefijo de “nueva” estamos aseverando que no se trata de lo mismo que antes, por tanto, se desdibuja con términos ambiguos la verdadera realidad y esto resulta inquietante.

Se trata de una terminología desafortunada, porque ¿va a ser normal que los ciudadanos en ese “universo post-COVID-19” tengamos durante meses que salir obligatoriamente con mascarillas a la calle o a sitios públicos, que las relaciones sociales deban circunscribirse en aforos controlados y limitados por las autoridades, que se nos aplique sistemas de video vigilancia y control de la temperatura corporal, que se nos geolocalice, que se nos catalogue por razón de la edad o el sexo, etc.?

Entonces, podemos admitir que nos estamos refiriendo a algo “nuevo”, pero en todo caso me cuesta admitir de que sea “normal”, al menos si entendemos como normal un modelo orwelliano de control riguroso de la intimidad de los ciudadanos.

El “estado de alarma” tiene límites jurídicos específicos tal como se regula en nuestra Constitución y es el Congreso, como la cámara en la que se representa la voluntad popular, donde se debe controlar el ejercicio de estas prerrogativas.

Estamos de acuerdo, como no podría ser de otra manera, en que debemos combatir el virus con todos los medios a nuestro alcance, pero habrá que tener cuidado con que al mismo tiempo no se estén quebrantando nuestros derechos y libertades individuales, pues con la excusa de preservar la salud, sin duda objetivo encomiable, no podemos hacer peligrar los avances en derechos humanos que tanto esfuerzo nos ha supuesto alcanzarlos en beneficio de la dignidad humana que también es “salud”.

CUARTA CUESTIÓN

EyCE: *A la sugerente respuesta, y ante la controvertida temática, solicitamos las aclaraciones oportunas de los compañeros del Área de Derecho constitucional, en la medida de la afectación de esta pandemia a los derechos fundamentales. En este*

*sentido y ante la pandemia Covid-19: ¿estado de alarma o estado de excepción?
¿Restricción o limitación de derechos fundamentales?*

Respuesta: Gerardo Ruiz Rico. Catedrático de Derecho Constitucional.

La declaración del Estado de Alarma por el Gobierno del Estado, mediante Decreto de Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, plantea en su aplicación una variedad considerable de problemas de índole constitucional. Uno de los que ha centrado parte del debate doctrinal –además de la discusión política- gira en torno a la posible extralimitación del alcance de la emergencia constitucional declarada. Las opiniones se han dividido entre quienes sostienen que el Decreto respeta los límites del estado de alarma, tal y como ha sido configurado en la CE de 1978 y luego desarrollado por la Ley Orgánica 4/1981 (de los estados de alarma, excepción y sitio); en tanto que otra parte del constitucionalismo patrio considera que, por el nivel de afectación y restricción que está produciendo sobre el ejercicio de los derechos fundamentales de la CE, hubiera sido conveniente utilizar la modalidad el estado de excepción, siguiente en cuanto a la graduación del nivel de excepcionalidad constitucional. Esta segunda posición se centra esencialmente en el argumento de que el estado de alarma no puede producir una “suspensión” de derechos -como estaría sucediendo- sino sólo una restricción de aquéllos.

En mi opinión esta controversia desvía la atención sobre lo que –entiendo- es el verdadero problema que produce la proyección y repercusión del vigente estado de alarma. Hay que partir de la base de que su ámbito de proyección no ha sido definido en el texto constitucional (arts. 55 y 116, CE) y, por otra parte, se encuentra sólo parcialmente delimitado en el artículo 11 de la Ley Orgánica. Más allá de la cuestión de si se los derechos fundamentales están siendo objeto de “limitación” o de “suspensión”, me parece mucho más relevante a afectos de solucionar la problemática sobre la validez de Decreto, constatar si este último ha sobrepasado o no los límites materiales para los que ha sido diseñado, constitucional y legalmente, el estado de alarma. Y en este punto es donde surgen demasiadas dudas y una notable de inseguridad jurídica.

En efecto, el artículo 55 de la norma constitucional no señala los derechos y libertades que pueden ser objeto de restricción como consecuencia de la declaración de un estado de alarma. La CE remite la delimitación de su alcance potencial a una Ley Orgánica (art. 11), que viene a concretar aquélla en una serie de libertades y derechos susceptibles de restricción o condicionamiento, entre los cuales sin embargo no están todos los afectados por el Decreto 463/2020. Si bien -también es cierto- el artículo 12 de la Ley Orgánica incluye una suerte de “cláusula de apertura” que estaría habilitando al Gobierno a adoptar cualquier medida que considere imprescindible para superar una crisis sanitaria, siempre que se contenga dentro de la normativa “*contra las enfermedades infecciosas*”.

En todo caso, algunas de esas medidas destinadas a proteger la salud pública, adoptadas en el marco del estado de alarma, pueden tener una repercusión potencialmente negativa sobre un abanico significativo de derechos y libertades fundamentales no comprendidos en la ley de 1981. Nos referimos entre otros a la libertad de reunión y manifestación (manifestaciones de Primero de Mayo), la intimidad personal (en su dimensión de intimidad sanitaria), el derecho a la protección de datos personales (*pasaporte inmunológico*), e incluso al derecho fundamental a la libertad (*Arcas de Noé*).

La LO no ofrece una cobertura expresa e incontrovertible al denominado “confinamiento general”. La regulación normativa en vigor (art. 11.a) delimita las restricciones de la libertad de circulación, literalmente, a zonas y horarios “determinados”; lo que obviamente no podría abarcar una limitación que alcance a todo el territorio nacional. Pero tampoco parece que una medida de esta naturaleza y alcance global tenga un fácil acomodo en el denominado estado de excepción; ni en consecuencia se puede sostener con la fundamentación adecuada la tesis de que hubiera sido necesario optar por esta modalidad de emergencia constitucional en lugar del estado de alarma. Porque, y del mismo modo que en ésta, el legislador parece haberse inclinado por una restricción parcial desde el punto de vista espacial y temporal – y no por una suspensión en toda regla- a la hora de fijar la proyección de las limitaciones de la libertad fundamental del artículo 19 de la CE. Nos remitimos en este sentido al artículo 20.1 de la Ley, donde se concretan las prohibiciones que implica el estado de excepción a la circulación en “horas y lugares que se determinen”, “lugares determinados” o “zonas de protección y seguridad”.

Sin duda, la crisis sanitaria ha provocado unas restricciones significativas en el normal ejercicio de los derechos fundamentales. La afectación no sólo se proyecta, en negativo, sobre algunas de las libertades civiles y derechos políticos más emblemáticos del Estado democrático de Derecho. De igual modo repercute en una parte significativa de la Constitución económica, cuyos derechos más representativos (propiedad, libertad empresarial) van a quedar subordinados al objetivo prioritario de garantizar la salud pública. En este período de convulsión social y jurídica, buena parte de los derechos y objetivos sociales constitucionalizados representan los principales desafíos que plantean la presente pandemia y la postcrisis sanitaria. De ahí que la intervención del Estado para hacer frente al crecimiento exponencial de las situaciones que requieren de la protección y asistencia sociales se configura hoy como una exigencia desligada de factores ideológicos o de oportunidad política. La gravedad de la crisis corre en paralelo con la expansión de la categoría de la “vulnerabilidad” a otros sectores o minorías que anteriormente no se encontraban amenazadas por el riesgo de exclusión o la insatisfacción de sus necesidades básicas.

En la lista de los otros derechos “agraviados” por la pandemia se puede mencionar en primer lugar la libertad de manifestación y reunión pacífica. En este caso, las restricciones a su ejercicio se apoyan directamente en las medidas que se contienen en la declaración de la emergencia constitucional (estado de alarma). En efecto, parece un contrasentido lógico ante la situación de confinamiento general, o las estrechas limitaciones para circular por los espacios públicos, aceptar la posibilidad de ejercitar un derecho que requiere como presupuesto necesario e inexcusable unos márgenes amplios de libertad deambulatoria. No obstante, el relajamiento en fases de esas restricciones a la libertad de movimientos debería permitir una permisividad progresiva para la celebración de reuniones y manifestaciones, siempre que se puedan salvaguardar las medidas sanitarias necesarias.

En todo caso, conviene no olvidar en este punto la posición que ha sostenido recientemente la jurisprudencia constitucional (Auto de 20 de abril del 2020), al resolver un recurso de amparo frente a la negativa gubernamental de celebrar una manifestación (con automóviles) con motivo del 1 de mayo. Uno de los puntos a destacar de esta resolución es que el TC desvincula en ella la limitación sobre la libertad de manifestación de la declaración del estado de alarma. A su juicio, la legitimidad para impedir el ejercicio de ese derecho fundamental radica por el contrario en la

salvaguardia de otros dos derechos; uno de igual carácter y naturaleza (la integridad física, art. 15, CE) y otro que adquiere de hecho una *fundamentalidad* de facto indiscutible ante la fuerza de los hechos que impone la actual crisis sanitaria (protección de la salud, art. 43). Lo que ha habido en este caso –viene a subrayar– no es sino una confluencia de fines (la restricción gubernativa y estado de emergencia constitucional), desde la que se proporciona una base normativa suficiente para desautorizar la manifestación.

En el catálogo de derechos constitucionales que reciben el impacto de la pandemia, sobresalen asimismo aquellos que conforman el espacio de privacidad e intimidad del ciudadano. Amenazado por una pluralidad de iniciativas que se anuncian para llevar a cabo un control de la enfermedad, se plantea la conveniencia de armonizar de nuevo el derecho a “intimidad sanitaria” individual (STC 70/2009) con el bien común y colectivo de la salud pública. Se trata de un nuevo dilema entre dos polos potencialmente enfrentados y con una difícil solución. Todo apunta a que será necesario llevar a cabo una operación de modulación en la que tendrá que participar necesariamente la institución que ostenta la potestad normativa en materia de derechos fundamentales. Porque se antoja difícil, y arriesgado en términos de validez constitucional, que se puedan poner en práctica medidas intensas de vigilancia sanitaria sin la cobertura legal imprescindible (Ley Orgánica). De esta forma, activar sistemas “hipodérmicos” (Harari) que van más allá de una superficial “geolocalización anonimizada”, debería implicar la revisión de una regulación sanitaria donde por ahora el control de las autoridades sanitarias se limita a los enfermos infecto-contagiosos (Reglamento para la lucha contra las Enfermedades Infecciosas, Desinfección y Desinsectación, 1945), o bien a los “enfermos” y personas que hayan estado en contacto con ellos (LO de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, 1986); nunca alcanza por tanto al conjunto de la ciudadanía. Por otro lado, no son escasos los riesgos tanto “morales” como jurídicos que puede conllevar la hipotética implantación de los llamados “pasaportes epidemiológicos”. Está en juego un elenco de derechos que se ven amenazados en potencia por la utilización de la tecnología avanzada de control sanitario; nos referimos no sólo a la protección de datos personales), derivado del derecho fundamental a la intimidad personal y la propia imagen. Sin olvidar el peligro potencial que para la propia libertad e igualdad puede representar una futura, pero nada hipotética, división de la población en función de criterios serológicos.

Respuesta: Jorge Lozano Miralles. Catedrático de Derecho Constitucional.

Esta discusión o disyuntiva pone en evidencia uno de los problemas del Derecho Constitucional en el siglo XXI: el de su carácter normativo; mejor dicho, el del alcance de la normatividad del derecho constitucional. Hoy en día es indudable que la constitución tiene carácter normativo, pero no lo es en el sentido clásico de un código que regula ‘todos’ los aspectos de la convivencia gobernada en una comunidad. El gobierno (mejor, el contenido del gobierno) de una comunidad no puede estar previamente establecido por el ordenamiento jurídico, sea por el ordenamiento ordinario o sea por el ordenamiento constitucional. Estos han de limitarse a establecer unos procedimientos, unos cauces que permitan a los actores políticos, a los gobernantes la suficiente libertad (y digo libertad y no discrecionalidad) para dar contenido al gobierno y, así, poder intervenir en la realidad social.

Por otra parte, en la 'laxitud' del ordenamiento constitucional hay que recordar algo obvio: la realidad social es mucho más amplia y compleja de la que el legislador puede prever. Este es un dicho clásico y que los profesores de derecho de todas las disciplinas repetimos a nuestros alumnos: la realidad siempre supera la ficción. Y esto es especialmente cierto en momentos de crisis, en momentos de incertidumbre, en momentos de inestabilidad.

Así, hemos tenido que 're-explicar' el artículo 99.5 CE sobre la investidura del Presidente del Gobierno para el caso de que no haya ningún candidato a presidir el Ejecutivo. Algo impensable pero que se ha producido. Igualmente, impensable es que prosperara una moción de censura constructiva cuyo candidato no era miembro del Congreso de los Diputados y que para obtener la confianza necesitaba el apoyo expreso distintos partidos políticos con ideología muy diferente. Igualmente, impensable que un ejecutivo en funciones no se quisiera someter a control por parte del Parlamento.

En esta ocasión el problema proviene de una situación de crisis sanitaria cuya previsión en los años 80 no tenía parangón. Y no tenía parangón por qué hace 40 años el sistema público de salud ni siquiera era universal y, por lo tanto, los instrumentos con los que abordar este tipo de crisis eran instrumentos básicamente locales; además, en aquella época, la movilidad ciudadana estaba 'materialmente' mucho más restringida si la comparamos con la existente actualmente, es decir, estado de las carreteras, transporte público por autobús, tren y por no hablar del incremento desbordante del transporte aéreo. La movilidad interterritorial ha aumentado notablemente hasta el punto que las fiestas se hacen en localidades (ciudades, países, incluso, continentes) diferentes al de donde uno reside.

Esto es importante tenerlo en cuenta porque una de las características que tiene que tener el Derecho Constitucional es la capacidad de adaptación a la nueva realidad social, adaptación a la nueva realidad política y adaptación a la nueva realidad económica.

Desde este punto de vista, creo que la adopción del estado de alarma es jurídicamente correcta, puesto que de los tres estados de emergencia previstos por la Constitución y desarrollados por la correspondiente Ley Orgánica se identifican con tres situaciones de emergencia, con tres situaciones de crisis:

- a.- la primera, la alarma, se corresponde con desastres naturales o con problemas de salud o con ciertos problemas de desabastecimiento;
- b.- la segunda, el estado de excepción, se corresponde con una grave crisis que afecta sobre todo al orden público y cuyo mantenimiento obliga a la suspensión expresa (y concreta, determinada) de los derechos fundamentales constitucionalmente previstos; en concreto, a la a las garantías relativas a la detención, la inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones, la libertad de circulación, la libertad de expresión, información y secuestro de publicaciones, derecho de reunión y manifestación, más huelga y medidas de conflicto colectivo;
- c.- el tercer estado, el de sitio, se corresponde con una situación de carácter prebélico, cuando haya problemas con otros estados y el recurso a la guerra puede ser una de las alternativas para hacer frente al problema.

Como puede observarse, de los derechos fundamentales 'suspendibles' durante el estado de excepción, solo uno de ellos ha sido utilizado, que es el de circulación y que es propio de situaciones de contagio sanitario, como bien ilustra desde muy antiguo el cierre de las puertas de las ciudades (romanas) en caso de epidemia.

Por todo ello, nos parece razonable la utilización del estado de alarma para proceder a la limitación de los derechos, lo cual nos lleva a la siguiente pregunta. ¿Se ha producido una “suspensión” o “una limitación” de derechos? De nuevo nos encontramos con un problema que entiendo es más teórico que práctico, aunque creo también debe ser objeto de reflexión pues no son lo mismo, aunque sus efectos puedan ser semejantes.

La suspensión implica que el derecho fundamental no podrá ser ejercido por nadie y en todo el territorio, es decir la suspensión goza de la presunción de generalidad tanto a nivel de destinatarios como a nivel territorial.

Por su parte la limitación no goza de la idea de la generalidad ni de la idea de la territorialidad, pues precisamente lo que busca es el delimitar a grupos de personas y espacios en los que conviene limitar esos derechos a fin de ofrecer una respuesta a la crisis, sin que esa limitación tenga un alcance amplio.

Un ejemplo de lo que queremos decir para diferenciar entre suspensión y limitación puede ser el siguiente:

En un estado de alarma causado por un incendio se puede obligar a las distintas poblaciones y partes del territorio afectadas por el mismo de manera muy diversa; así, los destinatarios serán los vecinos afectados y el territorio estará delimitado de manera caprichosa por las incidencias del fuego; sin embargo, en un estado de excepción, los destinatarios son claros: toda la ciudadanía de una determinada localidad (o localidades); e igualmente preciso será la determinación del ámbito territorial. En la alarma, algunos ciudadanos de un mismo ámbito territorial pueden tener restringidos sus derechos, mientras que otros no; en la excepción todos los ciudadanos de un mismo ámbito territorial tienen la misma restricción de derechos.

La delimitación así planteada es clara, sin embargo, lo que dificulta la comprensión es la magnitud del problema de la pandemia del Covid19. Si el Covid19 (con toda su virulencia) solo se hubiera desatado en una provincia, asistiríamos al ejemplo ‘clásico’ de estado de alarma; sin embargo, el carácter nacional (global) de la pandemia no considero que deba afectar al hecho de la consideración de si trata de una suspensión o una limitación de derechos; creo que se trata de una limitación, aunque esta, por el problema abordado, ha tenido unos efectos semejantes al de la suspensión. Las medidas (es decir, las limitaciones de los derechos fundamentales) adoptadas han sido las que las ‘reglas del arte’ prescriben en estos casos: incomunicación social y no viajar; sin embargo, no se ha suspendido ningún derecho de carácter político, empezando por la libertad de expresión.

Se argumenta que las restricciones a la movilidad impuestas han afectado a muchos derechos fundamentales. Lo cual es absolutamente cierto, como también lo que es que después del derecho a la vida, la libertad de movimiento, de circulación es, seguramente, el derecho más importante y del que derivan los siguientes. Sin circulación no hay derechos de reunión, de manifestación, derecho de educación, libertad religiosa, etc. etc. Todos esos derechos han quedado afectados. Muchos y muy graves, pero es el problema de la proporcionalidad de la medida, y en este caso la balanza oscilaba entre la vida y la libertad, y debiendo inclinarse a favor de la primera en cuanto que sin libertad hay vida, pero lo contrario es imposible.

Respuesta: Nicolás Pérez Sola. Catedrático de Derecho Constitucional.

En relación con la controversia jurídica en torno a la oportunidad de la declaración de estado de alarma o la conveniencia de la declaración de estado de excepción y, pese a que se ha señalado por algún autor como una “polémica estéril”, debe haber lugar a la reflexión alejada del cuestionamiento partidista, al menos para analizar el nivel de observancia del art. 55 CE y de la LO 4/1981 reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio. Por otra parte, parece conveniente aportar ideas al debate sobre la que parece más que una oportuna futura reforma de dicha norma por la que el paso del tiempo sin duda ha dejado huellas imborrables. Un posible enfoque de la pregunta que aquí se nos formula permite, desde el estricto planteamiento formal, observar los derechos fundamentales cuya suspensión puede ser acordada con ocasión de la declaración del estado de excepción a tenor de lo indicado en el art. 55 CE. Ahora bien, desde este punto de vista es significativo que la declaración del estado de alarma por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo pasado tenga como ámbito de limitación inicialmente el derecho fundamental a deambular libremente (art. 19 CE), aunque también se haya afectado a otros derechos fundamentales en alguna de sus vertientes como la libertad religiosa o al derecho a la educación, si bien no cabe afirmar una intensidad constante y permanente de dicha afectación en su ejercicio, sino que a lo largo de la vigencia de este estado se ha ido modulando en orden a sus destinatarios como en la aplicación en el territorio.

La intensidad del confinamiento nos obliga a reparar en la secuencia temporal de la vigencia del estado de alarma, que incluye el momento inicial de la declaración y sus consecuencias, con el posterior período extremo en el que se llegó al agravamiento de la paralización de las actividades, desde el momento en que el 30 de marzo se acordó la suspensión de toda actividad económica no esencial hasta la finalización del período vacacional de semana santa, como se recogía en el Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, por el que se regula un permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales, con el fin de reducir la movilidad de la población en el contexto de la lucha contra el COVID-19. Transcurrido dicho período, el alcance de las limitaciones de este derecho también requiere ser observado atendiendo a las fases de desconfinamiento. Así, la evolución de los controles, la movilidad permitida, las franjas horarias para realizar determinadas actividades han ido modulando dicho confinamiento con diversa secuencia temporal según los territorios, pues en la fase 0 es evidente que no procede, pero a partir de la fase 1 se produce una cierta, relativa y paulatina recuperación del espacio público que se ha ido ampliando en la fase dos en la que se contesta a este cuestionario.

En todo caso, analizando la naturaleza de la emergencia declarada al objeto de responder en términos concretos a la cuestión planteada, parece evidente que no estamos en presencia de graves alteraciones del orden público ni se ha afectado gravemente al normal funcionamiento de las instituciones del Estado durante los días previos a la declaración, por lo que no se ajusta la situación creada por la pandemia y la necesidad de hacerle frente con la declaración del estado de excepción. Además, la declaración del estado de excepción conlleva la posibilidad de la suspensión de los derechos fundamentales, cuestión esta de una gran trascendencia a la que damos respuesta a continuación.

Sin duda el debate sobre el alcance y el contenido de los derechos fundamentales se ve afectado al hilo de la declaración del estado de alarma por las limitaciones y

restricciones de los mismos. Por tanto, tampoco se trata de una discusión académica cuanto de precisar para sus titulares la efectividad de los derechos fundamentales y la vigencia de los mismos.

Hemos de recordar que cuando el Tribunal Constitucional se pronunció, con ocasión de su STC 83/2016, relativa a la anterior declaración del estado de alarma, ya manifestó una consideración muy precisa del alcance de la afectación de los derechos fundamentales durante la vigencia de este estado. Por ello hemos de recuperar dos afirmaciones allí contenidas. En primer lugar, la diferencia entre restricción o limitación de un derecho y su suspensión. En segundo lugar, que la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de derechos fundamentales “aunque si la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio”. Con carácter general hemos de recordar que la incidencia de la declaración del estado de alarma alcanza a la libertad de deambular y desplazarse, de alguna manera también al ejercicio del derecho de educación y a la libertad religiosa en su vertiente de acceso a los centros de culto.

Nos encontramos con la declaración del estado de alarma ante la limitación de la circulación o la permanencia de las personas o los vehículos en los espacios o vías públicas, desde el momento de la declaración del estado de alarma al menos hasta el comienzo de la fase 1 del desconfinamiento y, más tarde, amortiguado por la entrada en las sucesivas fases de los distintos territorios. El carácter restrictivo que conlleva para el ejercicio de los derechos fundamentales la citada declaración, que no de suspensión, se reitera cuando se atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad la competencia para establecer “dispositivos de seguridad, fijos y móviles, tanto en las vías y espacios públicos como en la red de transporte, y en particular en aquellos lugares o franjas horarias que específicamente se vean afectados por las restricciones” que se recogen para cada fase a fin de “asegurar la observancia de las medidas limitativas acordadas en el marco del Real Decreto 463/2020”.

En este sentido conviene recordar que el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, incorpora para la realización de una serie de actividades de carácter individual como “circular por las vías o espacios de uso público” con algunas excepciones, es decir, <<acompañar a personas con discapacidad, menores, mayores, o por otra causa justificada>>, por tanto no hay suspensión sino limitaciones o restricciones a la libertad de circulación, ya que subsiste pese a lo anteriormente indicando otras manifestaciones del mismo, dado que “se permitirá la circulación de vehículos particulares por las vías de uso público para la realización de las actividades referidas en el apartado anterior o para el repostaje en gasolineras o estaciones de servicio.

Hemos de reparar en la vertiente de las obligaciones y como se concreta en el Decreto de alarma “la ciudadanía tiene el deber de colaborar y no obstaculizar la labor de los agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones ya que en todo caso, en los desplazamientos que tengan lugar, es decir en aquellos permitidos, luego no hay suspensión, deberán respetarse las recomendaciones y obligaciones dictadas por las autoridades sanitarias. Además, recordamos una consideración de alcance general que actúa como cláusula de autorización para que el Ministro del Interior pueda acordar el cierre a la circulación de carreteras o tramos de ellas por razones de salud pública, seguridad o fluidez del tráfico o la restricción en ellas del acceso de determinados vehículos por los mismos motivos. Pero en todo caso las medidas que se adopten se ajustaran en su aplicación a los principios de proporcionalidad y necesidad, se nos dice

con la finalidad de proteger la salud y la seguridad de los ciudadanos así como “contener la progresión de la enfermedad”.

Nueva muestra del efecto restrictivo que no de suspensión de los derechos fundamentales es la incidencia de la declaración del estado de alarma en cuanto se refiere al ejercicio del derecho fundamental a la educación. La suspensión de la actividad educativa lo es en su versión presencial en todos los centros y etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza, si bien la continuidad de la misma de modo virtual no supone por tanto la suspensión del ejercicio del derecho sino la sustitución de la presencialidad por la virtualidad.

Igualmente la declaración de alarma provoca la afectación al ejercicio del derecho a la libertad religiosa en la medida en que alcanza a la entrada y estancia en los lugares de culto donde se lleva a cabo entre otros, el ejercicio de este derecho. Nos encontramos aquí ante la adopción de un condicionamiento al ejercicio del derecho con la introducción de medidas de contención en relación con los lugares de culto y con las ceremonias civiles y religiosas. Se establece así que la asistencia a los lugares de culto y a las ceremonias civiles y religiosas, incluidas las fúnebres, queda condicionada a la adopción de medidas organizativas con el objetivo de evitar aglomeraciones de personas, en atención a las dimensiones y características de los lugares, con la finalidad última de garantizar la distancia social entre los asistentes.

QUINTA CUESTIÓN

EyCE: *Agradecemos este interesante debate a los compañeros de Derecho Constitucional, y abusamos de su confianza para plantearles otra cuestión en relación directa con los efectos que provoca una situación de estado de alarma, con ocasión de la pandemia, en relación al Ejecutivo nacional, a su control en relación a esta excepcionalidad constitucional.*

Respuesta: Gerardo Ruiz Rico. Catedrático de Derecho Constitucional.

La gestión de la crisis sanitaria ha provocado también algunas alteraciones en el funcionamiento del sistema parlamentario. No sólo por la necesidad de activar un instrumento excepcional en la toma de decisiones (estado de alarma), que ha impactado fuertemente en las relaciones entre el Ejecutivo estatal y las minorías de oposición en el Parlamento. La fragmentación del sistema de partidos con representación en las Cortes Generales se ha traducido adicionalmente en un nivel de polarización del debate político que ha dificultado los consensos imprescindibles para actuar con eficacia ante la grave crisis sanitaria. La situación es bien distinta en los modelos presidencialistas, donde la dirección política se concentra en la esfera funcional de la jefatura del Estado; esta elevada dosis de competencias y potestades ha permitido utilizar los mecanismos de emergencia constitucional sin contrapesos políticos en el seno de los espacios institucionales, bajo la supervisión casi exclusiva de los medios de comunicación y la opinión pública.

La discusión se ha centrado en las dificultades que ocasiona una situación tan excepcional como la presente en la utilización de los instrumentos ordinarios de control parlamentario. Ciertamente el Parlamento se ha visto contagiado en una primera fase de la emergencia por ese mismo efecto de “hibernación” que ha afectado a la sociedad y la actividad económica. Sin embargo, creo que no puede afirmarse, al menos sin los

matices indispensables, que esta función esencial en un modelo político como el nuestro haya quedado en ningún momento neutralizada ni desdibujada durante la vigencia del estado de alarma.

En primer lugar, porque nunca se ha suspendido la capacidad de las Cortes –o de las minorías que se exigen- para impugnar la idoneidad jurídica del Decreto de alarma ante la jurisdicción constitucional. Además, siempre ha quedado abierta la posibilidad de controlar, y en su caso desautorizar, el alcance y contenido de las sucesivas prórrogas, tal y como prevé la LO de 1981. No han faltado oportunidades para exigir una “rendición de cuentas” -en el Pleno y más específicamente en la Comisión de Sanidad- con la que llevar a cabo un control sobre el tipo de medidas que debían adoptarse por el Ejecutivo, así como sobre su eficacia a la hora de ser implementadas por la Administración. Por otro lado, la función de impulso parlamentario se ha puesto de relieve, aunque de modo indirecto, al forzar frecuentemente cambios en las directrices y actuaciones diseñadas inicialmente por el Gobierno; a veces incluso antes de que se propusieran formalmente en la Cámara. Por último, la reactivación de las sesiones ordinarias de control ha servido para confrontar las posiciones de los diferentes grupos parlamentarios sobre la metodología con que hacer frente a la pandemia.

De este modo, no se ha interrumpido en ningún momento el funcionamiento del Parlamento, garantizándose la información y participación en los términos previstos por el artículo 162 del reglamento del Congreso. Si bien es cierto que su funcionamiento ha debido adaptarse a un contexto en el que era imprescindible reducir el nivel de presencialidad de los debates y votaciones. Esta “virtualización” de la vida parlamentaria abre un interrogante de cara al futuro sobre el alcance y efectos que puede llegar a tener la intervención “en línea”, tanto para el normal desarrollo los debates y votaciones, como para la comunicación que en general que debe existir entre el Parlamento y la opinión pública.

Respuesta: Jorge Lozano Miralles. Catedrático de Derecho Constitucional.

La problemática del control parlamentario (y de los controles en general) sobre la actuación del Poder Ejecutivo durante el estado de alarma es, seguramente, el aspecto más problemático (por decirlo de una manera suave) de este periodo que hemos vivido. En primer lugar, hay que destacar la ‘desaparición’ del Congreso y del Senado como consecuencia del miedo que tenían nuestros representantes políticos a contraer la enfermedad, lo que condujo a la inusual situación de un parlamento vacío y sin ejercer sus competencias.

Con el agravante, de que el ejemplo nacional cundió a nivel autonómico creando el mismo efecto de vacío de poder parlamentario que al nivel nacional, vacío de poder que fue ocupado de manera fuerte por el Ejecutivo.

Una vez adaptadas las Cámaras a los procedimientos virtuales se retoma poco a poco la actividad parlamentaria y lo que hemos presenciado es, por una parte, la ausencia de un control efectivo sobre las decisiones adoptadas por el Gobierno en relación con la pandemia y, por otra parte, la (re)utilización de los instrumentos de control como mecanismo de la lucha política partidista al margen de los problemas, sus debates y sus soluciones; en las sesiones de control han brillado las descalificaciones (‘el tu más’) antes que el debate sobre soluciones, los reproches (‘tú lo hiciste peor’) sobre el debate serio y sereno sobre un problema ya no local, autonómico o nacional, sino global. Así, incluso, hemos asistido a retirada de apoyos parlamentarios (¿ERC?)

para mantener la prórroga del estado de alarma por razones ajenas al problema de la pandemia.

El control, una vez más, ante el espacio hueco de la(s) institución(es) parlamentaria(s) ha sido llevado a cabo por los tribunales, así hemos asistido a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la pertinencia o no de una manifestación o incluso a unas diligencias previas instruidas por Juzgado de Madrid sobre la actuación del Delegado del Gobierno en esa Comunidad, al tiempo que los juzgados de lo laboral, contencioso-administrativos y penales se llenaban de denuncias formuladas por particulares o por asociaciones. Incluso el Real Decreto mediante el que se declara el estado de alarma ha sido objeto de recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Supremo (y cuyo fallo en estos momentos todavía no se ha producido) por un particular.

En definitiva, en este punto poco hay que decir excepto la crítica a los partidos y a las instituciones que no han sabido estar a la altura de las circunstancias. Los partidos porque no han ejercido a través de sus representantes parlamentarios su función y han seguido utilizando el Parlamento cómo cámara de resonancia de las estridencias que separan a los partidos de manera burda y poco elegante. Las instituciones porque han renegado de sus competencias, no han sabido estar a la altura de las circunstancias. Y el Gobierno incluso ha limitado el control de los medios de comunicación en las ruedas de prensa mediante la fórmula de la selección previa de las preguntas que podían ser formuladas al Presidente (o al portavoz). Son muchos más los ejemplos, pero creo que es inútil transcribirlos todos pues, con los ya citados, queda claro que el control ejercido ha sido un episodio lamentable de nuestras instituciones, nacionales y autonómicas.

Respuesta: Nicolás Pérez Sola. Catedrático de Derecho Constitucional.

Respecto al control parlamentario que centra la segunda cuestión que se nos plantea, recordemos que el ejercicio del poder aun cuando provenga de la legitimidad democrática otorgada por una mayoría absoluta, siempre debe estar sujeto a los mecanismos de control preestablecidos. Desde la instauración del sistema de poderes y contra poderes por el constitucionalismo norteamericano, la división de poderes y la interacción entre ellos ha resultado imprescindible en toda democracia. En nuestra tradición constitucional hemos partido del parlamentarismo racionalizado, pero también estamos asistiendo a las derivas presidencialistas que se aprecian en las democracias parlamentarias. El ejercicio de la dirección política, tradicional función atribuida al ejecutivo, se ha visto redimensionado con la injerencia desmesurada en el sistema de producción de normas, que si es evidente en el momento anterior a la pandemia, se manifiesta nuevamente en toda su magnitud. Así más allá de la fórmula concreta de excepcionalidad declarada, se observa una producción normativa gubernamental excesiva. Asistimos a la aprobación de Reales Decretos que contienen disposiciones que ni de lejos encuentran su razón de ser en la pandemia y, si acaso, se justifican por la consecución de una agenda política propia, ya contemplada en el programa electoral previo o esbozada en el discurso de investidura. Es la excepcionalidad el momento ideal para evitar el proceloso *iter* imprescindible para alcanzar consensos, lograr apoyos suficientes y respaldo parlamentario que permita la aprobación de iniciativas legislativas impulsadas desde el ejecutivo. Pero es también la vigencia de la excepcionalidad la que impidiendo el normal funcionamiento de la institución parlamentaria, elude controles, evita comparecencias, y bajo un “mando único” se irroga la exclusividad de la acción

política, ante la evidencia de la inexistencia de ninguna otra respuesta posible más allá de su ejemplar y abnegado ejercicio del poder.

Es por ello imprescindible el funcionamiento regular de las Cámaras, el cumplimiento de su función de control, frente a una inacción de aquellas que ni prevé la Ley Orgánica 4/1981, ni impiden las nuevas tecnologías, facilitando las sesiones virtuales y garantizándose de este modo la exigencia de rendición de cuentas. Urge pues retomar todas las potencialidades de las Cámaras como llevar a cabo cuantos mecanismos previstos en sus reglamentos posibiliten el normal desempeño de la función de control parlamentario que la Constitución les atribuye, sin obstáculos que pudieran alegarse atendiendo al distanciamiento social y a las medidas preventivas. Práctica esta que de forma mimética han reproducido Cámaras autonómicas más allá de la orientación política de sus gobiernos, olvidando los mecanismos de control parlamentario en su ámbito, en favor de la Diputación permanente correspondiente, que no es competente en las circunstancias presentes para asumir los “poderes” de la Cámara. Es en este sentido en el que la necesaria comparecencia ante el Congreso de los Diputados para obtener la aprobación de la Cámara, en relación con la prórroga correspondiente del estado de alarma, es de todo punto insustituible por una “autorización” ahora, para producir efectos hasta los treinta días siguientes. En efecto, la intención gubernamental de una última prórroga de la vigencia del estado de alarma por treinta días ha provocado una fuerte reacción en contra. Se olvida que, a falta de previsión legal al respecto, la evolución de la pandemia y de las condiciones políticas y sociales del Estado, hacen aconsejable la adopción de medidas a corto plazo que respondan en cada momento a situaciones contemporáneas, revisables nuevamente en atención a cambios que, sin duda, se pueden producir casi en el transcurso de una semana. Se puede maliciar que tras esta voluntad de prolongar nuevamente el estado de alarma por treinta días, se trataría de eludir ese imprescindible control parlamentario, que tendría nuevamente lugar el costoso tejido de acuerdos con otros grupos parlamentarios para sacar adelante dicha prórroga. Afortunadamente la quinta prórroga lo ha sido acordada por 15 días más dada la necesidad de mantener la competencia de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en el control de movilidad y desplazamientos por el territorio nacional que no podría asegurarse de otro modo.

SEXTA CUESTIÓN

EyCE: Seguimos debatiendo sobre derechos fundamentales, solicitando ahora un análisis sobre la implicación de la temática de nuestro foro de debate con el derecho a la libertad religiosa, asistencia a lugares de culto o ejercicio de los sacramentos

Respuesta: Ángel López-Sidro López. Profesor titular de Derecho Eclesiástico del Estado.

La necesaria cuarentena social para frenar la expansión de la pandemia del COVID-19 ha supuesto en España, con la instauración del estado de alarma, un confinamiento general de la población que ha llevado al marasmo de la vida cotidiana, incluyendo el ejercicio de muchos aspectos de los derechos fundamentales. Uno de los derechos afectados ha sido el de libertad religiosa, pese a que 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 su artículo 11, al regular las medidas

de contención en relación con los lugares de culto y con las ceremonias civiles y religiosas, dispone lo siguiente: «*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*».

Por tanto, a la vista del texto, esta disposición salvaguarda de forma expresa el derecho de libertad religiosa, cuyo ejercicio público quedaría condicionado, pero no suspendido. Lo que sí hace este Real Decreto es limitar la libertad de movimientos, permitiendo en su artículo 7.1 solamente algunos concretos desplazamientos, entre los que no se menciona la asistencia a los lugares de culto. Pero sería un contrasentido que las ceremonias religiosas en dichos lugares estuvieran permitidas (con las condiciones establecidas en el artículo 11) y que al mismo tiempo resultara imposible acudir a ellas por prohibirse dichos desplazamientos. Además de ser una contradicción, sería de un rigor incomprensible la remisión de estos supuestos al precepto restrictivo, cuando en otros casos no contemplados inicialmente se ha flexibilizado su aplicación, para permitir por ejemplo pasear a la mascota o comprar tabaco, olvidando que lo que estaba en juego en aquellos era el ejercicio de un derecho fundamental.

Porque, si atendemos al complejo contenido de la libertad religiosa, conforme se expone en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (LOLR), la prohibición de movimientos ha afectado de forma genérica a los derechos de toda persona a «reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas» (d) y en particular a «practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades, celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna» (b).

Ciertamente, la libertad religiosa no es un derecho absoluto, y sus manifestaciones tienen como límite el respeto al orden público propio de una sociedad democrática (art. 16 CE). Como explica el artículo 3.1 LOLR, dicho orden público, de acuerdo con el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, está integrado por la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus derechos fundamentales y libertades públicas, y por la salvaguardia de la seguridad, la salud y la moral públicas. La actual situación de pandemia ha limitado indirectamente las manifestaciones de la libertad religiosa, pero no porque nos hayamos encontrado con prácticas o actividades de un grupo religioso que, por su misma naturaleza, desborden aquello que debe ser protegido en una sociedad democrática, supuesto al que aludía la Sentencia del Tribunal Constitucional 46/2001, de 15 de febrero¹. Lo que ha ocurrido es que la restricción de la libertad de movimientos en el espacio público y de la reunión de personas por razones de salud pública (uno de los elementos constitutivos del orden público) ha repercutido, sin pretenderlo de forma directa, en el ejercicio de la libertad religiosa, que ha visto impedidas varias de sus manifestaciones, en la medida en que implicaban

¹ «Un entendimiento de la cláusula de orden público coherente con el principio general de libertad que informa el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales obliga a considerar que, como regla general, sólo cuando se ha acreditado en sede judicial la existencia de un peligro cierto para “la seguridad, la salud y la moralidad pública”, tal como han de ser entendidos en una sociedad democrática, es pertinente invocar el orden público como límite al ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto».

desplazamientos fuera del propio hogar o congregaciones de personas en un mismo sitio, los dos aspectos que el estado de alarma ha restringido por exponer al contagio.

La posterior desescalada, organizada en sucesivas fases, ha dado a entender, aunque no se hicieran expresas manifestaciones en tal sentido, que efectivamente la asistencia a los lugares de culto quedaba interrumpida con las restricciones de movimientos, porque la regulación de lo que se podía hacer en cada fase abría progresivamente la posibilidad de realizar ceremonias religiosas, con condiciones muy detalladas, lo que hacía presumir que se partía de la imposibilidad de su celebración. Así, 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, en su artículo 9, se refería a los lugares de culto, y se establecían los estándares para calcular su aforo máximo, al tiempo que se enumeraban diversas recomendaciones para evitar contagios en el ejercicio del culto. Y aún más claro se observa en la Orden SND/414/2020, de 16 de mayo, para la flexibilización de determinadas restricciones de ámbito nacional establecidas tras la declaración del estado de alarma en aplicación de la fase 2 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, cuyo artículo 9.1 dispone que «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». Habrá que entender que, antes de que se iniciara la desescalada, no estaba permitido asistir a los lugares de culto, a pesar de lo dispuesto en el Real Decreto que estableció el estado de alarma.

Se ha procedido de esta forma aunque legalmente el estado de alarma no puede suspender el derecho de libertad religiosa, ni siquiera el estado de excepción puede hacerlo (cfr. STC 83/2016, de 28 de abril). El artículo 11 de la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, establece, entre las medidas que se pueden acordar, aquellas que limitan la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos. Pero las medidas que se adoptan a su amparo tienen tal efecto sobre la vida cotidiana que impiden varios de sus aspectos básicos, a los que me voy a referir a continuación:

-Asistencia a los templos y lugares de culto: Hay que decir, ante todo, que las confesiones religiosas, conscientes del riesgo, se apresuraron a decidir el cierre de sus templos y la cancelación de los actos públicos de culto, lo que se acompañó, en el caso de la Iglesia católica, de la dispensa de la obligación de cumplir el precepto dominical. Sin embargo, los obispos tienen autonomía en su jurisdicción diocesana, y en algunos lugares en que los pastores, ajustándose a lo previsto en el Decreto del estado de alarma, decidieron llevar a cabo celebraciones religiosas con la presencia de fieles, se sorprendieron con la irrupción de las fuerzas policiales que impidieron seguir con dichos actos. Así ocurrió en la catedral de Granada, cuando la celebración del Viernes Santo que presidía el Arzobispo, con asistencia de una veintena de personas separadas por distancias prudenciales en la gran nave catedralicia, fue abortada abruptamente tras una denuncia.

-Exequias: Las limitaciones para celebrar actos religiosos de despedida de los parientes fallecidos a causa del coronavirus han sido especialmente dolorosas, pues aunque se permitía a los capellanes acercarse a los enfermos (lo que ha supuesto la muerte de muchos de ellos), en la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se

establecen medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19, los velatorios fueron prohibidos (art. 3) y pospuestas las ceremonias religiosas para despedir a los difuntos, permitiéndose tan sólo en la comitiva fúnebre la presencia de tres familiares o allegados (art. 5). No hay que olvidar tampoco que este aspecto se encuentra bajo el paraguas de la libertad religiosa, y así lo recuerda esta disposición al hacer referencia al artículo 11 del Decreto del estado de alarma, modificando además lo allí dispuesto respecto a este derecho fundamental –en un sentido restrictivo– pese a tratarse de una norma de rango inferior.

-Procesiones y otras celebraciones de Semana Santa: La cancelación de estas celebraciones religiosas, o su traslado a otras fechas, ha supuesto gran conmoción para los devotos de esta fiesta de gran raigambre popular, donde se mezclan la religiosidad y la cultura. Pese a su repercusión social, no se trata de actos nucleares de la vida cristiana, sino sólo de una forma posible de expresar la fe; de modo que, a pesar de la reacción social, la afectación de esta medida sobre la libertad religiosa no ha sido tan importante, y tampoco ha venido impuesta directamente por las autoridades sino decidida por las propias hermandades. Algunos episodios chuscos de grupos aislados que decidieron procesionar por su cuenta, ignorando el confinamiento, no han pasado de ser anécdotas resueltas con la pertinente sanción.

-Celebración de matrimonios: El confinamiento ha imposibilitado, por las mismas razones ya señaladas, la celebración de bodas, entendiéndose por tales los eventos en torno a los matrimonios contraídos conforme a las normas de una confesión religiosa y generalmente dentro de un templo. Pero no se ha impedido la celebración de matrimonios, que podría haberse producido conforme a las normas de algunas confesiones, que para su válida celebración no requieren del habitual aparato fastuoso que suele acompañar a las bodas. Así, el Código de derecho canónico permite, en el canon 1116, la forma extraordinaria de celebración del matrimonio, en casos de imposibilidad de asistencia de un testigo cualificado (Ordinario o párroco, u otro sacerdote o diácono delegado por ellos), con la sola presencia de dos testigos comunes; pero esta posibilidad no pasa de hipotética, al no conocerse casos durante la situación actual, en la que parece imponerse, sobre la urgencia del vínculo, la costumbre nupcial y toda su parafernalia, de manera que lo habitual ha sido retrasar las uniones previstas.

En otros países también se ha planteado el dilema entre libertad de culto y mantenimiento de las restricciones sociales. Así, en Francia, el Consejo de Estado, a raíz de las demandas presentadas por varias asociaciones y particulares, ha ordenado al Gobierno modificar el Decreto del 11 de mayo de 2020, que definió las medidas generales para el desconfinamiento en el contexto del estado de emergencia sanitaria, en el sentido de levantar las prohibiciones generales y absolutas que pesaban sobre los lugares de culto, frente a otros espacios en los que se habían permitido reuniones². En Alemania, por su parte, el Tribunal Constitucional Federal rechazó una demanda contra la prohibición de celebraciones religiosas, al considerar que frenar la pandemia del COVID-19 era un objetivo prioritario frente a la libertad religiosa, aunque reconoce que se trata de una grave intromisión en este derecho fundamental, y que por ello las restricciones deben ser temporales y proporcionales³.

² Cfr. diversas *Ordonnances* del Consejo de Estado francés de 18 de mayo de 2020.

³ Cfr. la Sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania de 10 de abril de 2020 (1 BvQ 28/20).

La conclusión es que, efectivamente, el derecho de libertad religiosa se ha visto severamente afectado, en España y en otros países, debido a las restricciones sociales impuestas para contener la pandemia. La peculiaridad de la situación española ha sido la confusión en esta materia (también en otras), con una contradicción entre las medidas jurídicas adoptadas que no ha provocado más problemas en la práctica porque las confesiones religiosas han asumido responsablemente que la mejor medida era someterse a las restricciones más estrictas, tanto durante el confinamiento como en la desescalada. Pero, aun así, la incongruencia entre las disposiciones ha provocado previsibles conflictos, y encontramos una buena prueba de ello en la Sentencia 98/2020 del Juzgado número 1 de lo Penal de La Coruña, que reprocha a la policía la detención de un ciudadano, y lo absuelve de un delito de desobediencia, por conductas como la de desplazarse a una iglesia a rezar, que el juez considera que estaría amparada por el artículo 11 Decreto 463/2020 que declaró el estado de alarma. Es una consecuencia de adoptar medidas extremas que, al margen de la urgencia y de lo razonable de su propósito, adolecían de inconsistencia jurídica, habiéndose sustituido el debido rigor legal por el rigorismo en su aplicación.

En definitiva, la aplicación del estado de alarma ha supuesto una notoria asfixia para muchos derechos fundamentales a fin de salvaguardar el considerado primero, el derecho a la vida. Quizá se tendría que haber reflexionado más sobre la conexión de todos los derechos fundamentales con la dignidad humana, a la que son inherentes y que les da sentido y cohesión. Sin duda serán reflexiones que se harán *a posteriori*, y muy posiblemente al hilo de recursos contra sanciones que pueden haber reprimido desproporcionadamente el ejercicio de los derechos humanos, entre ellos el de libertad religiosa.

SEPTIMA CUESTIÓN

EyCE: *Nos dirigimos ahora a los compañeros del Área de Historia del Derecho y de las Instituciones para preguntarles, si el impacto de la COVID-19 en España, ¿permitiría alguna reflexión histórico-jurídica, con motivo de alguna otra experiencia histórica en relación con alguna otra pandemia?*

Respuesta: Isabel Ramos Vázquez. Catedrática de Historia del Derecho y de las Instituciones.

La epidemia generada por la COVID-19 en España, ha provocado una enorme alarma social y sanitaria, perfectamente justificada a la vista del creciente número de muertes y las todavía impredecibles consecuencias del virus en la salud de las personas, pero también una importante incertidumbre en el plano jurídico y administrativo, reiterándose en la prensa, la opinión pública y el mundo académico ciertas preguntas, como si las medidas adoptadas por el Estado han sido adecuadas y proporcionadas, o sobre las consecuencias que este periodo puede dejar en el derecho o la administración sanitaria del futuro.

Dichas preguntas no son fáciles de responder desde el presente, pero cuando la cercanía de los acontecimientos nos impiden alcanzar conclusiones claras o ciertas, la Historia nos ofrece un elemento de discernimiento mucho más objetivo, veraz y útil, y puede darnos algunas claves de interpretación. Como historiadora del derecho y de las instituciones jurídicas, mis reflexiones en este foro de debate van a basarse,

consecuentemente, en ese elemento histórico, tomando como referencia la última gran epidemia que asoló nuestro país durante los años 1918 y 1919, y tratando de dar respuesta, a partir de lo entonces sucedido, a las interrogantes que también ahora se plantean.

Hay que tener en cuenta que, al declararse en nuestro país la mal llamada “gripe española” en la primavera de 1918, era muy poco lo que se había avanzado en cuestión de sanidad pública. Aún estaba vigente la primera Ley General de Sanidad, de 28 de noviembre de 1855, que siguiendo el modelo de la pionera *Public Health Act* de 1848, se basaba fundamentalmente en medidas de higiene o salubridad en lugares públicos, con especial atención en aduanas y puertos, siguiendo la teoría miasmática de la enfermedad según la cual las enfermedades y contagios se generaban fundamentalmente por la suciedad, la putrefacción de animales o la descomposición de la materia.

La Dirección General de Sanidad, dependiente del Ministerio de la Gobernación, tomaba sus decisiones con la colaboración de las antiguas Juntas de sanidad municipales y provinciales, aún vigentes, y las ejecutaba a través de los Gobernadores civiles y los Alcaldes, a quienes la Ley de Sanidad de 1855 sólo conminaba a desarrollar medidas de higiene y saneamiento en sus respectivos términos, y a prestar asistencia médica domiciliaria a las familias más desfavorecidas de la población mediante la contratación de médicos titulares.

Para atender a estos fines, los Ayuntamientos de algunas grandes ciudades comenzaron a crear entonces los llamados Institutos de higiene o salubridad municipal, que además de servicios de desinfección, de inspección sanitaria de prostitutas, y de beneficencia médica, comprendían unos laboratorios de análisis que se desarrollaron de forma muy importante a partir de la nueva Instrucción General de Sanidad de 1904.

Dichos laboratorios municipales y provinciales, junto al Instituto Nacional de Vacuna, creado en 1871, y el Instituto de Sueroterapia, Vacunación y Bacteriología, fundado en 1899, y que en 1911 pasó denominarse Instituto Nacional de Higiene Alfonso XIII, eran prácticamente las únicas instituciones sanitarias modernas que se habían desarrollado en España a consecuencia del importante debate científico que se sustanció durante las últimas décadas del siglo XIX, y que supuso la superación del paradigma miasmático por un nuevo paradigma microbiológico o bacteriológico, basado en la demostración científica de que el origen de las enfermedades infecciosas estaba relacionado directamente con una serie de criaturas microscópicas que era necesario estudiar para controlar y eliminar.

Este cambio de paradigma puso en evidencia que no bastaban las medidas de higiene o salubridad para combatir el contagio, sino que era absolutamente necesario impulsar estudios estadísticos y promover la investigación epidemiológica, bacteriológica y química para hacer frente a la enfermedad, dando lugar a la definitiva consolidación de lo que se ha dado en llamar la *salud pública moderna* en el tránsito del siglo XIX y XX.

La Instrucción General de Sanidad de 12 de enero 1904, cuya finalidad era completar la vetusta Ley General de Sanidad de 1855, ya participaba de la nueva teoría científica y trataba de incorporar al sistema sanitario español algunos de los nuevos postulados de la bacteriología y de la medicina de laboratorio. Sin embargo, sus logros fueron escasos. Su única mejora administrativa fue la creación de una Inspección General de Sanidad, compuesta por dos inspectores generales (interior y exterior), inspectores provinciales e inspectores municipales; y en cuanto a las mejoras científicas, cabe señalar el desarrollo de la estadística sanitaria a través de una Comisión de

Estadística, y la promoción de laboratorios de higiene e institutos de análisis y vacunación en todas las capitales de provincia, a la que me he referido antes.

La decidida apuesta por la beneficencia médica domiciliaria frente a la asistencia hospitalaria (la Instrucción de 1904 abundó en ella, obligando a todos los Ayuntamientos a contratar a un médico y un practicante titular por cada trescientas familias indigentes), determinó que el desarrollo del sistema hospitalario en estos años fuera muy escaso. Junto a los hospitales u hospicios generales para infecciosos, impedidos o incurables (la mayoría heredados del Antiguo Régimen), las casas de maternidad, los manicomios, algunos asilos para mayores, enfermos y mujeres, y colegios o patronatos para la asistencia de huérfanos o ciegos, el sistema sanitario se completaba con los establecimientos privados pertenecientes a la Iglesia, y los establecimientos propios de los Cuerpos militares, ofreciendo en conjunto un panorama desarticulado y poco eficaz para atender al conjunto de la población.

En esta situación, cuando el primer brote de la epidemia comenzó a manifestarse en la primavera de 1918, se aplicaron simplemente las medidas de aislamiento de enfermos y desinfección pública que estaban previstas en la Instrucción de 1904, así como ciertas medidas adicionales como, por ejemplo, la prohibición de lavar la ropa de los enfermos en lavaderos públicos, o la venta de ropas u objetos que hubieran podido ser contagiados, también previstas en la norma.

Para beneficiarse de medidas especiales, como el envío de más facultativos para la atención de los enfermos y la investigación en los laboratorios, y el reparto de medicamentos o desinfectantes, era necesaria la declaración oficial de epidemia en el municipio, a solicitud del Inspector municipal y la Junta municipal de Sanidad, y con el visto bueno del Inspector provincial y el Gobernador civil; trámite que también era necesario para la obtención de otros derechos, como la pensión vitalicia prevista para las viudas y huérfanos de los facultativos o inspectores fallecidos a consecuencia de la epidemia.

Declarada oficialmente la epidemia, la acción de los Alcaldes en los distintos municipios fue diversa. Algunos cerraron los lugares públicos y prohibieron fiestas y reuniones, siguiendo los consejos de los Gobernadores civiles; mientras que otros permitieron que siguieran realizándose las actividades públicas con normalidad, contentándose con las medidas de aislamiento domiciliario u hospitalario, y desinfección de las calles y de las casas, generalmente con agua caliente, desinfectantes químicos que rociaban o vaporizaban, o blanqueantes.

En cuanto a la recepción de mayores recursos o auxilios, también fue muy distinta según el municipio, aunque por lo general escasa. Las Cortes aprobaron un primer suplemento de crédito de 250.000 pesetas en agosto de 1918 para hacer frente a la epidemia, que se utilizó fundamentalmente en pago de las dietas de los médicos y el envío de medicamentos a los pueblos.

En Madrid, donde tanto el Hospital de San Juan de Dios como el Hospital provincial estaban colapsados, se instalaron en mayo de 1918 “*pabellones Docker*”, o unidades sanitarias de campaña del ejército, que tampoco resultaron suficientes. Y, mientras el único instituto civil destinado a la investigación, el Instituto Nacional de Higiene Alfonso XIII, trabajaba a destajo junto al Instituto del Dr. Llorente, destinado de ordinario a la sanidad militar, en la producción de sueros y la búsqueda de alguna vacuna, la epidemia seguía propagándose sin que pudieran utilizarse otras respuestas que la propias de la medicina miasmática, basadas como sabemos en el aislamiento y desinfección.

La segunda fase de la epidemia, mucho más dura, comenzó con la declaración de un importante foco de infección en el Levante en el otoño de 1918. Inmediatamente comenzaron a arbitrarse también medidas de control en la frontera con Francia, previstas asimismo en la Instrucción General de Sanidad de 1904. Se hacían controles sanitarios en los puestos fronterizos, y a los enfermos y sospechosos, si eran extranjeros se les negaba el paso, y si eran nacionales se les hospitalizaba en Irún o en Port-Bou, o ingresaban en las barracas Docker o tiendas de campaña habilitadas para ello. Por su parte, los españoles que traían “*patente limpia*” del Consulado, y además no presentaban ningún síntoma de enfermedad, eran sujetos a medidas de desinfección personal por precaución, y trasladados en vagones o trenes especiales.

Durante el mes de octubre de 1918, el Ministerio de Instrucción Pública y Bellas Artes también tomó la decisión de suspender las clases en todos los establecimientos docentes públicos (escuelas, institutos y universidades), fijando una prórroga indefinida para las plazas de matrícula y los exámenes.

Otras medidas adoptadas por las Cortes durante esta segunda fase, fueron la concesión de un nuevo suplemento de crédito de 750.000 pesetas a finales del mes de octubre, y otro de 1.000.000 pesetas en diciembre de 1918, destinados a la contratación de médicos, distribución de desinfectantes y medicamentos, y la investigación de sueros y vacunas; la prohibición de circular trapos en las provincias epidemiadas; disposiciones específicas sobre el control de pasajeros e higiene en los buques; y medidas especiales de inspección en las estaciones sanitarias de todas las fronteras y puertos del país. Nada de ello impidió el recrudecimiento de un tercer brote de la epidemia, a principios del mes de marzo de 1919, dejando ésta en nuestro país un saldo aproximado de 250.000 muertes.

Ahora bien, si a pesar de su virulencia, o precisamente por ella, la epidemia de 1918-1919 dejó algo positivo en España, fue la toma de conciencia sobre el atraso de nuestro sistema de salud pública con respecto a otros países del entorno, reconocido públicamente por todos los que detentaron competencias sanitarias en este periodo, y el compromiso político de afrontar una “*regeneración sanitaria*” mediante una nueva ley general de sanidad que apostara de forma mucho más firme por los postulados de la medicina científica y la medicina social, y la creación de una adecuada red de hospitales, institutos y laboratorios, capaz de dar asistencia a toda la población.

Ante las dificultades de sacar adelante la nueva ley general de sanidad, la primera ley que se aprobó en esta dirección, aún en plena pandemia, fue el Real Decreto de 10 de enero de 1919 para la prevención de las enfermedades contagiosas, que en su propia exposición de motivos reconocía su carácter “*fragmentario*” y pretendía afrontar sólo “*la reforma más urgente que hay que llevar a nuestra legislación sanitaria*”, que era “*la referente a la profilaxis pública de las enfermedades transmisibles*”.

La norma introdujo el valor económico de la vida y la salud como un argumento básico que se utilizaría a partir de ese momento para justificar otras leyes de salud pública, tratando de convencer a los “*todavía reacios*” de que los costes para el Estado de las muertes o enfermedad de su población eran muy superiores a la inversión que podía hacerse en salud pública para prevenirlas. El dinero que se invirtiera, decía literalmente la ley, sería “*el más útil de todo el que un país puede gastar: dinero para Institutos de Higiene y Parques sanitarios; dinero para Hospitales de aislamiento de enfermos contagiosos; dinero contra la tuberculosis, la lepra, el cáncer y las enfermedades venéreo-sifilíticas; dinero, en fin, para las obras de regeneración fisiológica de la raza, que hay que hacer cada día más fuerte y vigorosa*”.

En este sentido, la ley se basaba fundamentalmente en la vacunación obligatoria antes de los seis meses de edad y la revacunación cada siete años hasta los treinta. Pero también en otras medidas profilácticas de carácter general, como la construcción de diez grandes hospitales de epidemias en las principales capitales de provincia, y de otros diez nuevos institutos de higiene regionales con sus parques sanitarios anejos, que vendrían a añadirse al Instituto Alfonso XIII, así como el fomento de laboratorios provinciales y casas de salud o ambulatorios.

Tras esta ley de carácter parcial, que dio sin duda un importante impulso a la edificación de la red de hospitales y ambulatorios públicos en España a partir de la década de los veinte del siglo XX, los legisladores españoles siguieron tratando de desarrollar el derecho sanitario bajo el estímulo de la aún reciente epidemia. A este especial interés legislativo respondieron los dos siguientes proyectos de ley sobre profilaxis pública de las enfermedades infecciosas, presentados sucesivamente ante las Cortes en los meses de julio y noviembre de 1919.

Ninguno de ellos llegó a aprobarse, aunque resulta de especial interés que nos detengamos en el segundo, elaborado por Manuel Martín Salazar y Amalio Gimeno y Cabañas, por dos motivos principales: en primer lugar porque introdujo por vez primera en letra de un proyecto de ley la idea del derecho a la vida y a la salud como un derecho natural del hombre, añadiendo esta argumentación jurídica a la clásica argumentación benéfico-social, y a la novedosa argumentación económica o material que se estaba utilizando por entonces para impulsar el desarrollo del derecho sanitario; y, en segundo lugar, porque fue el primero en plantear en España una nueva medida de socialización de la asistencia sanitaria: el seguro obligatorio de enfermedad.

En su exposición de motivos, la defensa del novedoso derecho a la vida y la salud se recogió con las siguientes palabras: *“Hay que hacer entender a las gentes que el primer derecho natural del hombre es el derecho a la vida y a la salud; y que de ese derecho nace el deber de todo ciudadano de respetar la salud de los demás y el legítimo imperio de la ley de hacer cumplir las prescripciones sanitarias y de castigar, como cualquiera otro delito, y acaso con mayor razón que muchos, las infracciones cometidas contras las leyes de Sanidad”*.

El reconocimiento de este derecho representaba un importante cambio de planteamiento en lo referente a la salud pública, ya que conllevaba la necesidad de desarrollar un sistema universal de sanidad, capaz de dar asistencia a todos los ciudadanos. El modelo elegido para ello en el proyecto, siguiendo el sistema de seguridad social nacional que ya se estaba desarrollando en Alemania desde 1884, fue el del seguro social obligatorio de enfermedad y maternal, basado principalmente en las aportaciones de los asegurados y una contribución económica a la que también se obligaba al Estado.

Ciertamente este proyecto de ley no llegó a aprobarse, y aún habrá que esperar algunos años para que, ya durante la Dictadura de Primo de Rivera, y especialmente durante la Segunda República española, se adoptaran mayores medidas en pro de la consolidación de un modelo de salud pública, el desarrollo de la administración pública sanitaria, y el progresivo fortalecimiento del sistema de seguridad social.

Debemos reconocer, no obstante, el revulsivo que sin duda supuso la epidemia de 1918-1919 para la consecución de estos fines. La crisis sanitaria acaecida hace un siglo, afianzó en nuestro país la defensa de la idea de salud pública, coadyuvó a la consolidación del derecho a la misma, y sirvió para señalar nítidamente la necesidad de superar un modelo liberal de sanidad, basado fundamentalmente en la asistencia privada

y la beneficencia pública, apostando claramente por el intervencionismo estatal. Cabe plantearse si, un siglo después, la nueva epidemia que ha sufrido España a partir del 2020 servirá también para terminar de convencer, a los “*todavía reacios*”, de la necesidad de fortalecer nuestro sistema de salud pública, con mayores inversiones en asistencia e investigación, como principal obligación del Estado.

OCTAVA CUESTIÓN

EyCE: *Otro sector de lo público afectado por la pandemia y la consiguiente declaración del estado de alarma es el ámbito de la Administración y de su derecho administrativo. ¿qué nos podrían comentar al respecto los compañeros de este sector del ordenamiento jurídico?*

Respuesta: Lourdes Yolanda Montañés Castillo. Profesora contratada doctora de Derecho Administrativo.

Desde la perspectiva que nos dan tres meses de confinamiento, las escalofriantes cifras de fallecidos de las que nos dan cuenta los Registros Civiles y los enormes perjuicios económicos que se vaticinan, me atrevo a afirmar sin mayores cautelas que la “tardía” y “desproporcionada” respuesta que el Gobierno de España ha dado a la pandemia de COVID-19 no ha sido la más correcta; como tampoco está exenta de críticas la “lenta” operación de desescalada que se ha diseñado para sacar de la parálisis de la que, sus extremas medidas, han instalado a la práctica totalidad del tejido productivo, económico y social de nuestro país. Por lo pronto, en la “reconstrucción” se echan en falta tres ejes de actuación imprescindibles: seguridad jurídica, transparencia y diálogo social.

Tras meses ignorando la seriedad de la amenaza sanitaria que desde Asia se cernía sobre Europa (pese a que la OMS había declarado la emergencia internacional por el COVID-19 el 30 de enero de 2020, alertando de nuevo el 11 de febrero), en los que de forma negligente no se hizo acopio del material sanitario necesario, como sí hicieron otros países de nuestro entorno más previsores, y en los que, con clara infracción del “principio de precaución sanitaria” recogido en el art. 3.d) de la Ley 33/2011, General de Salud pública, se permitieron, entre otras, las multitudinarias manifestaciones feministas del 8-M, haciendo caso omiso a la recomendación del 2 de marzo de 2020 del Centro Europeo para el Control y Prevención de Enfermedades de limitar las concentraciones masivas de gente por la rápida propagación del virus, el Consejo de Ministros el 14 de marzo de 2020 dictó el Real Decreto 463/2020 y, al amparo del art. 116.2 de la Constitución, declaró el estado de alarma

Los supuestos habilitantes para esa declaración se contienen en la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, cuyo artículo 4 prevé su procedencia en el caso de “crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves”. Así que, la situación de incertidumbre científica y de riesgo sanitario del Covid-19 se ajusta a los supuestos de hecho previstos en la LO 4/1981. Nos encontramos ante un caso claro de gestión de riesgos por la Administración.

Conviene saber que el Tribunal Constitucional ha declarado que los decretos de declaración y prórroga del estado de alarma, pese a tratarse de una norma reglamentaria e infralegal, tienen rango o valor de ley, atendiendo a su contenido normativo y efectos

jurídicos. Su control corresponde, por tanto, al Tribunal Constitucional (ATC 7/2010 y STC 83/2016).

Hasta aquí, nada que objetar. Aun cuando el Real Decreto 463/2020 recurra al uso de conceptos jurídicos indeterminados: expresiones como “situación de necesidad” o “cualquier otra actividad de análoga naturaleza” (art. 7.1, g), “el ejercicio de cuantas facultades resulten necesarias para garantizar la cohesión y equidad en la prestación del referido servicio –sanitario–” (art. 12.2), que otorgan un amplio margen de apreciación a la Administración para dotarlas de concreción.

Lo que es discutible, sin embargo, es la “estrategia medieval” seguida por el Gobierno para contener los contagios: al no disponer de los tests de diagnósticos masivos, que hubieran permitido un confinamiento más razonable, proporcional y personal, se opta por el confinamiento domiciliario de 47 millones de españoles “sanos”; que es en lo que, en definitiva, se ha traducido la “limitación” (que no mera “restricción”) de la libertad de circulación de las personas recogida en el art. 7 del Real Decreto, más propia de un estado de excepción.

Para lograr que la gente cumpla esta prohibición el Gobierno ha utilizado todas las herramientas disponibles del intervencionismo administrativo, desde el uso de los medios de comunicación públicos y privados y los hashtags del #yomequedo en casa (art. 19 RD 463/2020), hasta el patrullaje de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (CNP, Guardia Civil, cuerpos autonómicos y locales, bajo las órdenes directas del Ministerio del Interior), a las que se otorgan unas potestades de policía extraordinariamente amplias (art. 5 RD 463/2020). Se habilita también, de forma inédita, en su art. 20, el uso de la potestad sancionadora. Lo que se ha llamado, y no sin razón: “un experimento administrativo de disciplina social sin precedentes”. El Real Decreto 463/2020, no obstante, no establece un régimen sancionador propio del estado de alarma. Sólo recoge mandatos y prohibiciones generales, sin tipificarlos como infracciones, ni graduarlas en leves, graves o muy graves, ni graduar correlativamente las correspondientes sanciones que quepa imponer.

Contrariando el principio de tipicidad sancionadora, con sus garantías materiales de *lex certa* y *lex previa*, el Gobierno se ha limitado a realizar una remisión legal genérica al conjunto del ordenamiento jurídico ordinario, con lo cual el juicio de necesidad e idoneidad que se deriva de la regla de proporcionalidad de la potestad sancionadora del art. 29.3 de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, se deslegaliza y se remite al juicio de cada uno de los agentes de autoridad que son los que han venido decidiendo, caso por caso, cuándo se estaba desobedeciendo el confinamiento forzoso, y seleccionando discrecionalmente, ante la variada casuística que se ha presentado, qué infracción se había cometido en cada caso, dentro de las previstas por las leyes sectoriales del derecho ordinario de emergencia (entre otras, la Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la Seguridad Ciudadana, la Ley 17/2015, del Sistema Nacional de Protección Civil, y la Ley 33/2011, de Salud Pública, y los arts. 550 y 551 del Código Penal para el caso de resistencia violenta a la autoridad, sus agentes y funcionarios públicos) y qué sanción le corresponde.

Ante la evidente inseguridad jurídica y discrecionalidad que se deriva de la combinación de los artículos 5, 7 y 20 del Real Decreto 463/2020, hubiese sido razonable que el Gobierno, en su intensa actividad normativa posterior, hubiera tratado de dar algunas certezas, pero no ha sido así. En realidad, lo que parece que ha hecho ha sido transmitir a los agentes la idea de que era mejor no seleccionar infracciones, sino vigilar y dar órdenes directas a la población, de modo que, en caso de desobediencia, se

podiera denunciar directamente por desobediencia y resistencia (cabe citar como ejemplo la Orden INT/226/2020, de 15 de marzo y la Orden INT/262/2020, de 20 de marzo).

Eso sí, al menos el Real Decreto 463/2020 deja intactos los preceptos relativos a los procedimientos sancionadores que se contienen en la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, y los principios de la potestad sancionadora que se prevén en la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público. De entre estos principios, puesto que son muchos los que han sufrido, no uno, sino varios controles policiales, cabría destacar el principio *ne bis in idem*, según el cual “no podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento” (art. 31 Ley 40/2015). En la misma línea nos encontramos estas dos reglas recogidas en los números 5 y 6 del artículo 29 de la Ley 40/2015: “cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida”; “será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”. Y en fin, otra garantía bastante útil ante las incertidumbres que se derivan de la interpretación del artículo 7 del Real Decreto 463/2020, es el *error de prohibición*, en sus dos vertientes: a) invencible, en cuyo caso estaremos ante una eximente de la responsabilidad penal o sancionadora; e b) vencible, en cuyo caso estaremos ante una circunstancia atenuante de la responsabilidad.

Veremos qué recorrido tendrán las múltiples denuncias que se han interpuesto por los agentes de la autoridad, y qué resuelven los órganos de lo contencioso administrativo sobre la legalidad de las sanciones administrativas impuestas.

Además del confinamiento forzoso, el Real Decreto en su artículo 4 habilita al Gobierno como “autoridad competente” y a los cuatro Ministros designados como “autoridades competentes delegadas” (la Ministra de Defensa, el Ministro del Interior, el Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y el Ministro de Sanidad) para adoptar cualquiera de las medidas de excepción previstas en el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio (art. 4 RD 463/2020). Bajo la superior dirección del Presidente y con el apoyo “científico” del Comité de Situación de Seguridad, estos cuatro Ministros pueden requisar todo tipo de bienes necesarios y exigir prestaciones personales (art. 8 RD 463/2020), suspender la actividad educativa presencial (art. 9 RD 463/2020), la apertura al público de los locales y establecimientos minoristas, con contadas excepciones, y las actividades de hostelería y restauración (art. 10 RD 463/2020), suspender la asistencia a los lugares de culto y a las ceremonias civiles y religiosas, incluidas las fúnebres (art. 11 RD 463/2020), intervenir y ocupar industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza (art. 13.b RD 463/2020), exigir a los operadores de transporte, estén o no sometidos a contrato público u obligaciones de servicio público, reducir la oferta total de operaciones en al menos un 50 % (art. 14 RD 463/2020). Y lo más insólito es que para ello, según prevé el artículo 4.3 Real Decreto 463/2020 “*no será precisa la tramitación de procedimiento administrativo alguno*”, obviándose así incluso la audiencia de los afectados, único trámite del procedimiento administrativo que se menciona en el Texto Constitucional (apdo. c del art. 105 de la CE) y que la Jurisprudencia no ha dudado en calificar como “fundamental” y “sagrado”, al constituir una garantía del derecho de defensa y

contradicción (STC 68/1985, de 27 de mayo, Rec. amparo 618/1984). Una decisión que no se entiende: son necesarias al menos unas mínimas referencias procedimentales que pauten la solicitud de informes, su publicación en su caso, o la accesibilidad a los mismos. Y es que la complejidad, el conocimiento experto, no tendría que ser un impedimento a la transparencia.

También en materia de contratación pública el Gobierno habilita al órgano de contratación a contratar sin tramitar expediente alguno, libremente, sin sujetarse a los requisitos de los contratos administrativos, incluso el de la existencia de crédito suficiente, sin más deber que dar cuenta de los acuerdos adoptados al Consejo de Ministros en un plazo de treinta días. Lo acuerda en el Real Decreto Ley 7/2020, de 12 de marzo, al disponer que se aplique la tramitación de emergencia prevista en el art. 120 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, a todos los contratos que celebre Administración General del Estado o sus organismos públicos y entidades de Derecho público para atender las necesidades derivadas de la protección de las personas y otras medidas adoptadas por el Consejo de Ministros para hacer frente al COVID-191.

En resumidas cuentas, se concentran en el Gobierno poderes exorbitantes.

No es de extrañar, por ello que durante esta crisis sanitaria este siendo objeto de especial atención el principio de proporcionalidad, como principal referencia de conexión con el ordenamiento jurídico para modular y controlar estas potestades extraordinarias. Por otro lado, dada la amplia extensión material de la competencia estatal, las competencias autonómicas y locales quedan afectadas, y aunque según el art. 6 RD 463/2020 “cada Administración conserve las competencias que le otorga la legislación vigente en la gestión ordinaria de sus servicios...”, es indudable que con el estado de alarma se altera la distribución territorial del poder previsto en la Constitución.

Precisamente por eso, la provisionalidad es una nota esencial de cualquier modalidad del estado de alarma. Sin embargo, el estado de alarma declarado el 14 de marzo de 2020 ya se ha prorrogado cinco veces, lo que nos coloca en una situación inédita. Como también es inédita la decisión de suspender y/o interrumpir los plazos administrativos (disposición adicional tercera del RD 463/2020) y procesales (disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020), paralizando la práctica totalidad de procedimientos administrativos y judiciales.

Especiales críticas ha merecido la suspensión de los plazos procesales por ser una medida que no está incluida entre el elenco de las autorizadas en el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, que supone una clara extralimitación de la habilitación legal contenida en el citado artículo. Determina, además, la interrupción del normal funcionamiento de uno de poderes constitucionales del Estado, el Judicial, y la suspensión de facto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) en un momento en el que los derechos y libertades de todos los ciudadanos se ven seriamente comprometidos.

Afortunadamente, en la Resolución de 20 de mayo de 2020, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de la nueva autorización de la prórroga del estado de alarma, se dispone que “con efectos desde el 4 de junio de 2020, se derogará la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, relativa a la suspensión de los plazos procesales. Se alzarán la suspensión en esa misma fecha”. Con efectos también desde el 4 de Junio la Resolución alza la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de derechos y acciones, que habían quedado suspendidos con la disposición adicional cuarta del RD 463/2020.

Hemos de poner de relieve que aunque la Resolución utilice el término “suspensión”, en Real 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 ya se había decidido que el cómputo de los plazos procesales se “reiniciarían”, por lo que se ha de entender que el 4 de junio se pone el contador a cero, aun cuando con anterioridad al 14 de marzo ya se hubiera consumido parte del plazo. En cuanto a los plazos administrativos, la Resolución de 20 de mayo de 2020 acuerda la derogación de la disposición adicional tercera del RD 463/2020 con efectos de 1 de Junio de 2020. Decisión que ha de interpretarse de acuerdo con la disposición adicional octava del Real Decreto-Ley 11/2020 y entender que el cómputo del plazo para interponer recursos en vía administrativa se reinicia, no se reanuda, desde el 1 de Junio, con independencia del tiempo que hubiera transcurrido desde la notificación de la actuación administrativa objeto de recurso o impugnación con anterioridad a la declaración del estado de alarma, sin perjuicio de la eficacia y ejecutividad del acto administrativo objeto de recurso o impugnación. Respecto del resto de plazos en vía administrativa se mantiene el criterio fijado por la Disposición adicional 3ª del Real Decreto 463/2020, por lo que se ha de considerar que han estado suspendidos (no interrumpidos), reanudándose por el período que restare el 1 de Junio.

Y en fin, conviene saber que el estado de alarma no exime al Gobierno de sus responsabilidades: los tribunales españoles o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos podrán valorar la afectación de las decisiones tomadas por el ejecutivo español.

De hecho, muy probablemente, uno de los múltiples efectos jurídicos del estado de alarma va a ser la presentación de reclamaciones de indemnizaciones de daños y perjuicios por las personas que se sientan perjudicadas por las acciones u omisiones de las Administraciones públicas implicadas en la gestión de esta crisis. Unas vendrán dadas por la obligación de compensar a los hayan sufrido intervenciones expropiatorias de las previstas en el art. 120 de la Ley de Expropiación Forzosa (“...medidas que impliquen destrucción, detrimento efectivo o requisas de bienes o derechos de particulares...”), pues en estos casos, al no haberse tramitado el procedimiento de expropiación forzosa, la reclamación de la indemnización deberá encauzarse a través de la vía de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas regulada por las Leyes 39/2015 y 40/2015. Y otras muchas reclamaciones tendrán que ver con la asistencia prestada en el ámbito sanitario por parte del Sistema Nacional de Salud: reclamaciones por la ausencia de medios materiales como respiradores para los pacientes; la falta o error de diagnóstico del Covid 19; reclamaciones de los profesionales sanitarios por falta de equipos de protección individual; ciudadanos que no siendo portadores del coronavirus vieron demorado su diagnóstico, su tratamiento, la efectiva realización de una intervención quirúrgica programada, como consecuencia de la preferente dedicación de la prestación asistencial sanitaria a los pacientes que padecen el Covid-19.

Son varias las disposiciones legales que regulan específicamente la obligación de las Administraciones públicas de resarcir los daños ocasionados por la adopción de medidas en situaciones de crisis sanitarias. Destacan dos el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que 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”; y el artículo 54.2 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, en línea similar.

Claro que, a buen seguro, la Administración podrá oponerse a estas reclamaciones alegando causa de fuerza mayor, causa imprevisible, inevitable y extraña al funcionamiento de los servicios públicos, y causa de exclusión de responsabilidad patrimonial según el art. 32.1 de la Ley 40/2015. También puede recurrir al art. 34.1 in fine de la Ley 40/2015 y considerar no antijurídicos y por tanto no indemnizables “los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos”.

Ciertamente, la aparición del COVID-19 encaja en la definición de fuerza mayor, no obstante, no cabe pasar por alto que 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, sobre todo teniendo en cuenta que la evolución del conocimiento del Covid-19 ha ido evolucionando rápidamente día a día. Así que si la Administración, pudiendo hacerlo, no hubiera adoptado las medidas adecuadas a ese conocimiento, tendrá que indemnizar, correspondiendo la carga de la prueba a la Administración.

En la práctica, el problema que puede plantearse es precisar y probar qué concretos perjuicios hubieran podido evitarse si las Administraciones implicadas hubieran actuado diligentemente y cuáles se hubieran producido de todos modos. Estos supuestos de incertidumbre causal habrán de analizarse a la luz de la doctrina de la pérdida de oportunidad: habrá que indemnizar, pero la indemnización debe ponderarse por el incremento de la probabilidad de causar el daño que supuso la negligencia.

Una última cuestión son las ayudas de carácter asistencial o de fomento que normativamente se pueden otorgar para compensar los daños de la gestión del Covid-19. En esta línea, el Gobierno, consciente de que la situación provocada por el COVID-19 iba a golpear la estructura económica de la mayor parte de los contratos públicos que se estaban ejecutando, en el art. 34 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, se establece un régimen específico de suspensión, previsto para los contratos públicos de servicios, de suministros de prestación sucesiva y de obras cuando la ejecución devenga imposible como consecuencia del Covid-19. Se permite al contratista solicitar la suspensión desde que se produce la situación de hecho que impide su prestación hasta que dicha prestación puede reanudarse; otorgándole, caso de acordarse la suspensión, una compensación indemnizatoria por una serie de conceptos, siempre que el contratista acredite estar corriente del cumplimiento de sus obligaciones laborales y sociales, a fecha 14 de marzo de 2020. El procedimiento para solicitar la suspensión, sin embargo, es susceptible de mejora, al disponer que transcurrido el plazo de cinco días naturales desde la solicitud sin notificarse la resolución expresa al contratista, ésta deberá entenderse desestimatoria. Sorprende este silencio negativo, no solo por ser una excepción a la regla general, sino porque esta decisión no se adecúa bien con el fin del Real Decreto Ley que es dar seguridad jurídica y no perjudicar de forma desproporcionada al contratista.

En los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios vigentes a la entrada en vigor del Real Decreto Ley 8/2020 lo que procede, según el art 34.4 del Real Decreto Ley 8/2020, es el restablecimiento del equilibrio económico del contrato que se hará, según proceda en cada caso, mediante la ampliación de su duración inicial hasta un máximo de un 15 por 100 o mediante la modificación de las cláusulas de contenido

económico incluidas en el contrato, pero, para ello, el órgano de contratación, a instancia del contratista, debe apreciar la imposibilidad de ejecución del contrato.

En cuanto a las concesiones de dominio (como las concedidas para la explotación publicitaria de los rótulos luminosos en la vía pública, terrazas de bares o restaurantes, chiringuitos de playas, quioscos...) nada se dice en el RD 463/2020. Para conocer las posibilidades de las que el concesionario dispone en esta inusual situación, habrá que estar, por tanto, principalmente, a lo que se disponga en los Pliegos de cada concesión. Y si no existe ninguna cláusula que ampare esta situación excepcional, en base a la aplicación supletoria de las normas de derecho administrativo, el concesionario podría alegar fuerza mayor (art. 239 de la LCSP) y pedir la suspensión del plazo de la concesión, con los derechos y obligaciones que conlleva y la exención del abono del canon durante este periodo, o la obtención de la prórroga de la concesión hasta la reanudación de la vida pública.

Por otro lado, hay contratos a los que las obligaciones derivadas de la crisis sanitaria no han eliminado su prestación, pero que ha obligado a reducirla, como el transporte urbano que ha tenido que reducir su oferta, con la consiguiente frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración en el momento de prestar el consentimiento. En estos casos, cuando cambian las circunstancias iniciales del contrato y no puede aplicarse la técnica del reequilibrio económico del contrato, como ocurre en los contratos de servicios o de suministro de tracto sucesivo, resulta muy útil la regla del *rebus sic standibus intellegitur*, cuya aplicación permite conectar la adaptación del Derecho a la evolución de la realidad que se predica en el artículo 3.1 del Código Civil. Una idea esencial en momentos como los que vivimos.

NOVENA CUESTIÓN

EyCE: *Seguimos conversando con los compañeros de Derecho Administrativo incidiendo en los aspectos que desde la pandemia y la declaración del estado de alarma han afectado a los derechos fundamentales. Desde la perspectiva de esta área de conocimiento, en función de las disfunciones jurídicas del estado de alarma, ¿cuál sería la valoración sobre la afectación de algunos derechos fundamentales?*

Respuesta: **Salvador Martín Valdivia. Profesor titular de Derecho Administrativo.**

La sacudida sufrida por la sociedad en su conjunto (en todos sus ámbitos, vertientes y aplicaciones) con motivo de la pandemia del coronavirus ha resultado ir mucho más allá de lo que nadie podía imaginar en los primeros días de marzo de 2020. En un escenario propio de película de serie B, nos hemos visto ceñidos a situaciones y paradojas que, sinceramente, creo que no podían imaginar ni los más avezados guionistas del cine de catástrofe. Y eso, naturalmente, también ha conmovido al mundo del Derecho.

Por eso, en estas muy breves reflexiones que merece la invitación que se me ofrece, quiero proponer, a modo de cavilación en voz alta, una serie de interpelaciones que desde la perspectiva de un jurista se me antojan inevitables. El contenido obligacional y restrictivo de los sucesivos decretos que prorrogan el estado de alarma (y de las normas *menores* que los han desarrollado) hacen inevitable alguna advertencia al

respecto, a pesar de la disciplinada manera en que han venido siendo acatados por la sociedad española en su conjunto.

Pero, antes de seguir, algunos avisos:

- El primero: se me antoja ahora ciertamente ventajista, superados los difíciles momentos iniciales, proponer *pócimas milagrosas* no advertidas en el momento en el que brota el conflicto. Ni la envidia del problema generado por el coronavirus ni las prontitudes con que se demandaban soluciones, son elementos favorables para la medida. Atinar con la mejor de las claves no es tarea fácil en el vórtice del conflicto.
- El segundo: no obstante lo anterior, es incuestionable que se han suscitado algunos escenarios que hubieran necesitado un tratamiento distinto del ofrecido. Uno de ellos es precisamente el problema que ahora nos ocupa: las limitaciones a la libertad de circulación y la suspensión e interrupción de plazos y términos procesales, tanto en el ámbito administrativo como, sobre todo, en el procesal. Más allá de ver en esa medida un decreto de suspensión de términos y plazos, su sustantividad ha supuesto una muy grave afectación de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional. Y tal factor es de muy largo alcance. Merece un mínimo detenimiento conocer su trascendencia y las consecuencias de su adopción.
- El tercero: aun admitiendo que las urgencias son malas tutoras y que resulta muy cómodo formular crítica retrospectiva, para un jurista es perentorio plantearse en qué grado han quedado afectados derechos y libertades, algunos de ellos fundamentales, sin las debidas exigencias formales y sustantivas. Propongo, como anticipaba, el diagnóstico sobre dos de ellos: (i) saber hasta dónde llega la simple limitación y dónde aparece la ablación del derecho fundamental de libre circulación; y (ii) conocer en qué modo se han diluido las facultades propias del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (mediante la fáctica prohibición de acceso a los tribunales en los casi tres meses que ha durado este escenario). Ambos dilemas merecen debatirse, objetando –al menos– sobre si tales decisiones han sido debidamente abordadas a través del decreto de estado de alarma o hubieran exigido, por ejemplo, el paraguas jurídico del estado de excepción, que pudiera pensarse más cercano a la situación real en la que venimos vadeando el temporal. La profunda afectación de nuestros derechos fundamentales, en definitiva, merece debate académico.

Propongo, antes de entrar en materia, este breve relato radiografiado de hechos y fechas, en relación a las normas dictadas y su contenido.

El 12 de marzo, el Gobierno promulgó el Real Decreto-ley 7/2020, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-10 (BOE de 13 de marzo). Este Real Decreto-ley, junto a medidas de carácter económico y sanitario, abordó la regulación de ciertos contratos a celebrar por la tramitación de emergencia prevista en el art. 120 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.

El sábado 14 de marzo, el Gobierno de España declaró el estado de alarma plazos y términos en procedimientos administrativos y judiciales mediante 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 que se publicó y entró en

vigor el mismo día 14 de marzo, y fue modificado mínimamente tres días después, por el Real Decreto 465/2020.

En aquella primera propuesta, por tanto, las cosas quedaban así:

- Las disposiciones adicionales segunda y tercera del Real Decreto de declaración del estado de alarma (modificado por el Real Decreto 465/2020) regulaban, respectivamente, la suspensión de plazos procesales, con las excepciones que enuncia, y la suspensión de plazos administrativos; y (i) en su número 1, la disposición adicional segunda declara que «*se suspenden los términos y se interrumpen los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del Sector Público. El cómputo de los plazos se reanudará en el momento en que pierda vigencia el presente Real Decreto o, en su caso, sus prorrogas*». Y (ii) quedan asimismo suspendidos durante la vigencia del estado de alarma, por preverlo así con carácter general la disposición adicional cuarta, «*los plazos de **prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos***».
- La suspensión de términos y la interrupción de plazos administrativos se aplicará a todo el Sector Público definido en la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (Administración General del Estado, autonómica, local e institucional). Esta suspensión supone, con carácter general, la paralización de todos los procedimientos, pues afecta tanto a las actuaciones de los administrados como a las de la Administración, e incide en el dictado tanto de todo tipo de actos administrativos, ya sean favorables o restrictivos de derechos. Se prevén algunas excepciones a la suspensión de los términos y plazos administrativos que se glosan en la norma a la que me remito (procedimientos de Seguridad Social y Tributarios y administrativos que vengan referidos a situaciones estrechamente vinculadas a los hechos justificativos del estado de alarma, en esencia).
- La prescripción y caducidad la formula la DA 4ª del RD 463/2020, de 14 de marzo, que no establece excepción alguna, por lo que se trata de una suspensión universal que afecta a “*cualquiera acciones y derechos*”, y que se extiende “*durante la vigencia del estado de alarma y, en su caso, prórrogas que se adoptaren*”. No obstante, a este respecto, en de suma transcendencia diferenciar entre “interrupción” de la prescripción con su “suspensión”: (i) en tanto que la **suspensión** de la prescripción paraliza el tiempo, que no corre para la misma, pero computa el ya transcurrido; de ese modo, cuando desaparece la causa de suspensión, se reanuda el cómputo de prescripción en el momento en que se encontraba; la (ii) **interrupción** de la prescripción determina la eliminación total del tiempo de prescripción transcurrido hasta ese momento, que no simplemente se suspende, sino que se tiene por no transcurrido y el plazo ha de volver a contarse desde el principio. Por ello, cuando se habla, como aquí acaece, de suspender un plazo, concretamente el plazo de prescripción, lo que implica es que se detiene el plazo ya iniciado, pero no inutilizándolo, permitiendo en consecuencia la continuación una vez cese el motivo de la detención, que continuará el plazo por el tiempo que reste hasta su finalización.

- Con posterioridad, el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, en su Disposición adicional Octava apartado 1, introdujo una novedad que modifica lo anteriormente expuesto, **en relación exclusivamente al plazo para interponer recursos en vía administrativa o para instar cualesquiera otros procedimientos de impugnación, reclamación, etc...** determinando que dicho plazo se interrumpa, en el sentido que debe empezar a computarse desde cero a partir del día hábil siguiente a la finalización del estado de alarma y con independencia del tiempo que hubiese transcurrido desde su notificación antes de que entrase en vigor la misma.

Lo dispone así: «1. El cómputo del plazo para interponer recursos en vía administrativa o para instar cualesquiera otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje que los sustituyan de acuerdo con lo previsto en las Leyes, en cualquier procedimiento del que puedan derivarse efectos desfavorables o de gravamen para el interesado, se computará desde el día hábil siguiente a la fecha de finalización de la declaración del estado de alarma, con independencia del tiempo que hubiera transcurrido desde la notificación de la actuación administrativa objeto de recurso o impugnación con anterioridad a la declaración del estado de alarma. Lo anterior se entiende sin perjuicio de la eficacia y ejecutividad del acto administrativo objeto de recurso o impugnación».

Así pues, la Disposición adicional octava del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, modifica el Real Decreto 463/2020, ya anteriormente modificado por los Reales Decretos 465 y 476/2020, sin que la norma lo diga expresamente.

- El Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, que prorroga por quinta vez el estado de alarma, acuerda también alzar desde el 4 de junio la suspensión de los plazos procesales y de los plazos de prescripción y caducidad de derechos y acciones que estableció el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Asimismo, dispone la reanudación o, en su caso, el reinicio, a partir del 1 de junio, del cómputo de los plazos administrativos suspendidos. Así:

- (i) **Plazos procesales:** el artículo 8 del Real Decreto 537/2020 alza su suspensión con efectos desde el 4 de junio de 2020, derogándose en consecuencia a partir de esa fecha la disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020 que en su momento la estableció.
- (ii) **Plazos administrativos:** El artículo 9 del Real Decreto 537/2020 prevé asimismo, con efectos desde el 1 de junio de 2020, que el cómputo de los plazos administrativos que hubieran sido suspendidos se reanudará, o se reiniciará, si así se hubiera previsto en una norma con rango de ley aprobada durante la vigencia del estado de alarma y sus prórrogas. Correlativamente, desde esa misma fecha queda derogada la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo.
- (iii) **Plazos de prescripción y caducidad de derechos y acciones:** Por último, el artículo 10 del Real Decreto 537/2020 dispone que con efectos desde el 4 de junio de 2020 se alzarán la suspensión de los plazos de prescripción y caducidad de derechos y acciones, derogándose desde esa misma fecha la disposición adicional cuarta del citado Real Decreto 463/2020. Merece destacarse el hecho de que los plazos de caducidad y prescripción de las acciones civiles y de impugnación de sentencias firmes no se ven afectados por este RD; sigue aplicándose el R.D.

463/2020 que suspende el cómputo de dichos plazos y su reanudación, añadiendo al plazo ordinario, una vez se alcance la fecha de finalización prevista, los días (incluyendo los inhábiles) en que se mantiene la suspensión.

Para terminar la exposición de normas, no hay que perder de vista el **RD Ley 16/2020, de 28 de abril**, que completa lo dispuesto en el nuevo Decreto, ya establecía:

- (i) Respecto a **los términos y plazos previstos en las leyes procesales que hubieran quedado suspendidos**, volverán a computarse desde su inicio.
- (ii) Respecto a los plazos para el anuncio, preparación, formalización e interposición de **recursos contra sentencias y demás resoluciones que, conforme a las leyes procesales, pongan fin al procedimiento** y que sean notificadas durante la suspensión de plazos, así como las que sean notificadas dentro de los veinte días hábiles siguientes al levantamiento de la suspensión de los plazos procesales suspendidos, quedarán ampliados por un plazo igual al previsto para el anuncio, preparación, formalización o interposición del recurso en su correspondiente ley reguladora.

Por tanto, tras la aprobación del Real Decreto-ley 16/2020, los plazos tienen que volver a computarse desde el principio. Obsérvese que la expresión que se ha usado en esta segunda norma no ha sido la de «reanudar» los plazos, sino la de «volver a computarse», lo que impone la interpretación de que lo que se había establecido en el R.D. para el fin del estado de alarma no era un nuevo cómputo íntegro del plazo, sino su continuación por el tiempo que restara. Por ello, en esos casos el último día del cómputo que habría que considerar como cumplido sería el viernes 13 de marzo de 2020, puesto que dicho R.D., según su Disposición final tercera, entró en vigor “*en el momento de su publicación en el Boletín Oficial del Estado*”, que acaece con el BOE 67, de 14 de marzo de 2020.

Glosadas las normas fundamentales, preguntémonos ahora cómo ha afectado la declaración del estado de alarma a los derechos fundamentales.

Desde una perspectiva enteramente jurídica (orillamos escenarios políticos y de oportunidad) la cuestión fundamental que se suscita la declaración del estado de alarma es si resulta este instrumento, precisamente, el adecuado para decidir, mediante decreto o decretos leyes, acerca de la extensión y límites a que se han visto sometidos determinados derechos fundamentales. Es poca la jurisprudencia constitucional en que podemos basarnos, pues es esta la segunda vez en la que en nuestra reciente vida constitucional se ha hecho uso de esta figura. Precisamente, sobre el estado de alarma ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional, en el Auto 7/2012 y la Sentencia 83/2016, en relación al decretado por el Real Decreto 1673/2010, por el que se declaró el estado de alarma para la normalización del transporte aéreo ante la huelga de los controladores y con el Real Decreto 1717/2010 que lo prorrogó.

Pues bien, a diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite, en principio, la suspensión de ningún derecho o libertad fundamental (art 55.1 CE, a sensu contrario), y así lo expresa de manera textual el Preámbulo del Real Decreto cuando afirma que las medidas que contiene «*no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental*». Pero sí se permite, como ha declarado el Tribunal Constitucional, «*la adopción de medidas que puedan suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio*» (STC 83/2016).

Sólo los derechos expresamente enumerados en el artículo 55 de la Constitución (derecho a la libertad y seguridad personales, derecho a la inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones, libertad de circulación y residencia, derechos a la libertad de expresión, derecho de reunión y manifestación y derecho de huelga) podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la propia Constitución. La declaración del estado alarma no comporta la suspensión de ningún derecho fundamental. Pero aun así, el artículo 7 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE de 14 de marzo) regula una serie de limitaciones de la libertad de circulación de las personas y a la libertad de residencia (solo autoriza a desplazarse para regresar a la residencia habitual) que, sin duda, comportan una efectiva cesación de la libertad de circulación y residencia garantizada en el artículo 19 de la CE, supresión de libertades que solo puede acordarse mediante la declaración de los estados de excepción y sitio.

Y resulta que tales situaciones excepcionales ya vienen perfectamente definidas en una ley orgánica. En concreto, la Ley Orgánica que regula los estados de alarma, excepción y sitio de 4/1981, de 1 de junio (LOEAES). En aplicación del párrafo cuatro de su artículo 1, la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio no interrumpe el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado, siendo el Poder Judicial uno de ellos. Y la declaración estados de alarma, excepción y sitio en ningún caso puede limitar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE. Debemos, pues, plantearnos si la Disposición adicional segunda en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma al establecer la suspensión de plazos procesales ha venido a excepcionar, modificar o condicionar durante su período de vigencia la aplicabilidad de la LOPJ, afectando de manera temporal una norma sobre la que existe reserva a Ley Orgánica (artículo 81 CE).

a. En cuanto a la limitación de circulación:

La libertad de circulación se recoge en el artículo 19, de donde se colige que está amparada por la excepcionalidad prevista en el artículo 55: sólo podrá ser suspendida cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio, pero nunca para el estado de alarma. La pregunta es inevitable: no puede ser suspendida, pero no conocemos el alcance de hasta dónde podría limitarse en el estado de alarma.

Así las cosas, si es claro que no puede suspenderse, ¿en qué grado podrá limitarse? Ello nos lleva necesariamente al análisis de la cuestión de los límites de los derechos fundamentales. Lo que rotula ese artículo es que «*los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional*», lo que no quiere decir que nos encontremos ante un derecho absoluto, pues todos los derechos fundamentales tienen límites en su efectivo ejercicio, sobre todo en situaciones como las que aún estamos viviendo: “*a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud; b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves; c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos veintiocho, dos, y treinta y siete, dos, de la Constitución, concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo; d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad*”. Esas son las situaciones que abarca el artículo 4 de la LOEAES, y que pudieran ser suficientemente justificativas de limitaciones a la libertad de circulación, puesto que

tienen por objeto preservar otros bienes constitucionalmente protegibles, como la seguridad y la salud pública.

En este sentido, la habilitación legal para las medidas adoptadas por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se encuentra en el art 11 de la LOEAES, que desarrolla el artículo 116 de la Constitución, que dispone que “... *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*”. Una primera cuestión a enunciar: precisamente por esa norma, el establecimiento de los límites de los derechos fundamentales ha de realizarse en virtud de ley, y, además, orgánica. No cabría, pues –y en principio- la limitación vía reglamentaria («*la fijación de los límites de un derecho fundamental, como hemos venido a decir en otras ocasiones, no es un ámbito idóneo para la colaboración entre la ley y las normas infralegales, pues esta posibilidad de colaboración debe quedar reducida a los casos en los que, por exigencias prácticas, las regulaciones infralegales sean las idóneas para fijar aspectos de carácter secundario y auxiliares de la regulación legal del ejercicio de los derechos fundamentales, siempre con sujeción, claro está, a la ley pertinente*» STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 4).

La cuestión se centra, ahora, en determinar si el artículo 11 de la LOEAES puede fijar la limitación de ese derecho de libre circulación con esos presupuestos, con indeterminación absoluta de hasta dónde pueden alcanzar tales limitaciones (incluso llevándolo al extremo de haber prohibido la libre circulación de personas, salvo en las exiguas condiciones y circunstancias que se habilitaron reglamentariamente –art. 7 del Real Decreto 463/2020-). Es lícito, planteado en esos términos el debate, que nos interpelemos sobre la forma de regular esas mutilaciones del derecho fundamental. Si convenimos en que ello constituye una omisión de la garantía establecida en el artículo 53.1 de la Constitución (que exige que sea el Poder Legislativo el poder que establezca los límites de los derechos fundamentales, sin estar en modo alguno justificada la delegación normativa para su desarrollo), estaremos en presencia de una exorbitante actuación del ejecutivo en el desarrollo del estado de alarma declarado. Es difícil plantear, sin que arrecie la duda, que tal delegación reglamentaria sea posible en el estado de alarma, cuando no concurre esa necesidad de delegación en el estado de excepción, en donde se regulan con absoluta precisión los posibles límites a la libertad de circulación (en el artículo 20 de la LOEAES). Las medidas articuladas por el RD 463/2020 suponen una suspensión del ejercicio de la libertad de circulación, previsto en el estado de excepción y de sitio (como con profusión se describen en el art. 20 LOEAES, al que me remito in totum), pero no son limitaciones que puedan ampararse en el paraguas normativo reglamentario del desarrollo del estado de alarma. Si declaradas la excepción o el sitio, cabe **suspender** la libertad de circulación (artículo 55.1 CE), se puede prohibir la circulación en horas y lugares concretos, y exigir la identificación de los ciudadanos, a contrario sensu, parece que ni siquiera en los estados de excepción y sitio puede prohibirse la circulación total. Por tanto, con cuanta más razón, en el estado de alarma tal limitación es exorbitante a los poderes ejecutivos.

Dejo para otro momento del estudio del alcance de la potestad sancionadora atribuida al poder ejecutivo por el eventual incumplimiento de estas normas que limitan la facultad de circulación. Es tal el cúmulo de imprecisiones derivadas del empleo masivo -y abusivo- de conceptos jurídicos indeterminados, que se hace ciertamente difícil buscar un mínimo común de seguridad jurídica en orden a cómo ha de

interpretarse cada una de las restricciones impuestas, sus excepciones, la potestad de los agentes de la autoridad para resolverlas in situ, y el gravísimo ataque al principio de tipicidad que comporta la remisión a esa norma sancionadora en blanco que se contiene en el decreto de estado de alarma. El que la norma de urgencia disponga en el art. 20 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 art. 10 de la LO 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, es poco menos que dejar al arbitrio de la autoridad correspondiente el cómo, en qué condiciones, con qué requisitos, en qué cuantía y con qué modulación se impondrán esas sanciones, en un ataque frontal contra el principio de tipicidad en la potestad sancionadora. Entiendo no obstante que tal cuestión merece ser tratada de manera mucho más profusa y sosegada, lo que excede del ámbito de este mi trabajo.

b. El genuino “decomiso” de la tutela efectiva de los Tribunales.

Si la libertad de circulación se ha visto seriamente comprometida durante el estado de alarma, el acceso de los ciudadanos al amparo de los Tribunales ha quedado puramente suprimido durante casi tres meses por una disposición de extrema singularidad como la que lo ha habilitado.

Ya hemos comentado que sólo los derechos expresamente enumerados en el artículo 55 de la Constitución (derecho a la libertad y seguridad personales, derecho a la inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones, libertad de circulación y residencia, derechos a la libertad de expresión, derecho de reunión y manifestación, y, derecho de huelga) podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la propia Constitución. Por descarte, la declaración del estado alarma no puede amparar la suspensión de ningún derecho, y menos uno de tan largo alcance como el derecho fundamental a la tutela efectiva de los Tribunales.

Vaya por delante que la formulación del Decreto de estado de alarma no se enfoca, desde luego, desde esa perspectiva. Es, por así decirlo, una propuesta de modulación en la aplicación de una ley ordinaria (la Ley de Enjuiciamiento Civil) ante un supuesto de fuerza mayor. La Disposición adicional segunda del R.D. utiliza el cauce del art. 134.2 LEC: cabe “*interrumpir los plazos y demorar los términos ... en casos de fuerza mayor que impida cumplirlos*”,. Anudando a esta excepcional situación generada por la pandemia sufrida la categoría jurídica de “*causa de fuerza mayor*” que justifica la paralización de los plazos y de los términos, señalando igualmente que el cómputo se reanuda “*en el momento en que hubiera cesado la causa determinante de la interrupción o demora*”. No es, según se formula si quiera sea nominalmente, una supresión de acceso al derecho de tutela, sino una modulación en la aplicación de los instrumentos previstos en una ley ordinaria de corte eminentemente procesal. Las modificaciones legislativas que impone la Disposición del R.D. (piénsese que la LEC atribuye la facultad de advertir la fuerza mayor al Letrado de la Administración de Justicia, no al Consejo de Ministros, y además caso por caso, no de manera generalizada para todos los procesos en todos los órdenes jurisdiccionales). Tal circunstancia se podría salvar por el entendimiento de que el R.D., al ser refrendado en sede parlamentaria, termina adquiriendo formalmente una categoría similar a la ley (el art. 116.2 CE para la declaración del estado de alarma prevé que dicha decisión deba ser ratificada por el Congreso de los Diputados), como, por cierto, ratificó el Tribunal Constitucional en su STC 83/2016, de 28 de abril, cuando se pronunció sobre su carácter jurídico formal en el caso de la huelga encubierta de los controladores aéreos.

Pero vayamos a los efectos jurídicos de la propuesta del Decreto de Estado de Alarma. La Disposición adicional segunda del Real Decreto 463/2020 dispuso, ni más ni menos, que la suspensión de plazos procesales. En términos forenses eso comporta la imposibilidad material de acceso de ciudadano a la Justicia, al verse constreñido en sus facultades de solicitar amparo judicial ante cualquier situación fáctica y/o jurídica que eventualmente limitase sus derechos o facultades, en cualquier supuesto, en cualquier jurisdicción –con las escasas excepciones previstas en la norma-. Se cerró el acceso del ciudadano a la Justicia. Ni que decir tiene que tal posibilidad en modo alguno se encuentra reflejada entre las potestades dispositivas del Gobierno en un estado de alarma (artículo 11 LOEAES). También supuso la congelación de plazos para adquirir derechos o consolidar situaciones individualizadas en virtud de la suspensión y/o interrupción de plazos de caducidad y prescripción, con lo que ello conlleva e *infra* referiremos sucintamente.

Resulta no obstante interesante recordar que, en palabras del Tribunal Constitucional (sentencia 83/2016, de 28 de abril, que tuvo ocasión de pronunciarse acerca del estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo y al que ya hemos hecho referencia *supra*), que el ejercicio gubernamental por el que se determina un estado de alarma no es estrictamente propio del poder ejecutivo, sino que reviste trazas de ejercicio del poder constitucional en virtud del cual se atribuye, por este estado de excepcionalidad, la posibilidad al gobierno de dictar normas que tienen verdadera fuerza de ley: “*Se trata por lo tanto, ..., de una competencia atribuida al Gobierno en su condición de órgano constitucional, no de órgano superior de la Administración, como ya señalábamos en nuestras SSTC 45/1990, de 15 de marzo, FJ 2, y 196/1990, de 29 de noviembre, FJ 5*”.

Y ello por cuanto explica esa doctrina constitucional que la declaración del estado de alarma no se limita a constatar la concurrencia de alguna de las situaciones que justifican su adopción, sino que va más allá: establece el estatuto jurídico del estado que declara, disponiendo la legalidad aplicable durante su vigencia, que puede alcanzar incluso a la suspensión de otras normas con rango de ley que pueden quedar congeladas o desplazadas en el tiempo.

Planteada así la cuestión, debemos ahora elucidar si esas facultades *quasi* legislativas del Gobierno suponen una habilitación para “*legislar*” en materias sobre las que existe reserva de Ley Orgánica por imperativo constitucional (ex artículo 81 CE). No cabe desconocer algo básico: el artículo 122 de la Constitución Española habilita que sea la Ley Orgánica del Poder Judicial la que fije la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales. Ni le es dado al Gobierno regular tales materias, ni siquiera al legislador ordinario. Y, a mi juicio, con la suspensión del normal funcionamiento de los Juzgados y Tribunales se han transgredido abiertamente los límites impuestos por el párrafo cuatro del artículo 1 LOEAES, en cuya virtud la declaración de los estados de alarma, excepción y sitio no pueden interrumpir el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado, siendo el Judicial uno de ellos. La regulación de los tiempos en actuaciones judiciales se contempla en los artículos 179 a 185 LOPJ, y en ellos no se prevé la inhabilitación de ninguno de ellos, más allá de las legales previsiones respecto a los días del mes de agosto para todas las actuaciones judiciales, excepto las que se declaren urgentes por las leyes procesales. Pudiera ser incluso que el Consejo General del Poder Judicial, mediante reglamento, habilitara los días del mes de agosto a efectos de otras actuaciones, pero nunca, al contrario: declarar inhábiles los días hábiles, so pena de convertirse en legislador

orgánico de manera furtiva. Y no cabe, creo, el subterfugio argumental de que lo que se han suspendido son los procedimientos, y no el derecho de acceso a la Justicia: una demanda de acción sumaria, por ejemplo, en juicio posesorio sencillamente no se ha tramitado hasta el alzamiento de plazos; al justiciable se le ha cercenado el derecho a la Justicia.

La limitación del derecho se me antoja algo más que una mera “suspensión” de sus efectos. Y para paliar el despropósito, tiritas para la hemorragia: habilitamos 20 días de agosto y las tardes durante tres meses para actuaciones judiciales. Lo que ahora digo ha de entenderse como mera opinión personal, pero la habilitación del mes de agosto y las horas de tarde que propone el apartado 1 del art. 1 RDL me parece una medida absolutamente cosmética, injustificada e innecesaria.

Se ignoran de manera supina los derechos de los profesionales al servicio de la Justicia. No son sólo los jueces, letrados, fiscales y funcionarios, también lo son abogados, procuradores, peritos, graduados sociales...los que trabajan en el foro, y a quienes les cercena el derecho a las vacaciones anuales en una decisión enteramente caprichosa e ineficaz ¿o es que acaso pretenden poner al día el colosal retraso de la justicia en 20 días de agosto? ¿o que se resuelvan los problemas de los justiciables con que se celebren actuaciones judiciales en «*jornadas de trabajo de mañana y tarde para todos los servicios y órdenes jurisdiccionales*» en los tres meses siguientes al levantamiento del estado de alarma? La sola formulación de la propuesta resultaría hilarante, de no ser por la gravedad de las consecuencias que encierra y la inoportunidad de su adopción, que ofrece la medida exacta de la atropellada gestión de alguno de los aspectos que este estado de alarma ha provocado en la toma de decisiones ejecutivas. Un auténtico despropósito, en todos los sentidos.

Pero dejando al margen esa cuestión –que entiendo menor desde la perspectiva de los intereses generales de la población-, la pregunta que resume el debate es sencilla en su formulación, pero muy ardua en resolución: si se trata, pues, de la aplicación de medidas excepcionales por la concurrencia de un evidente supuesto de fuerza mayor o si, por el contrario, supone una regulación espuria de los efectos de un derecho fundamental, que además sólo permite regulación por ley orgánica, a través de un decreto gubernamental que no supera los filtros y exigencias constitucionales para su puesta en vigor. Desde luego la cuestión no es baladí. Y la respuesta que ofrezca el Tribunal Constitucional –si es que llegare a plantearse el litigio en esos términos- arrojará consecuencias jurídicas, económicas y sociales de insondable alcance, y de muy difícil vaticinio apriorístico, al menos en estos momentos iniciales de la controversia.

DÉCIMA CUESTIÓN

EyCE: *Otro de los sectores jurídico públicos, mixtificados también como privados, el ámbito del derecho del trabajo, se ha visto directamente afectado por la declaración del estado de alarma con motivo de la pandemia. Conversamos con las compañeras de Derecho del Trabajo para que nos aclaren los aspectos relativos a la solución laboral del teletrabajo y el llamado “derecho a la desconexión” por mor de la COVID -19*

Respuesta: Rosa Vallecillo Gámez. Profesor titular acreditada de Derecho del Trabajo.

Estábamos siendo testigos de la profunda transformación en la sociedad al compás de los avances tecnológicos. Las TICs ya habían pasado a formar parte de nuestros hábitos diarios, transformando nuestra forma de relacionarnos, de pensar y hasta de vivir. Pero, ni de lejos, preveíamos lo que se nos venía encima, una dependiente necesidad de la tecnología para poder seguir trabajando, pero también, para mantener el contacto con los que queremos.

Esta nueva realidad impuesta por una pandemia sin precedentes y que ha obligado a un replanteamiento de los hábitos laborales y sociales, ha disparado el empleo de dispositivos tecnológicos como herramientas para el desarrollo de la prestación de servicios laboral, y ha propiciado que muchos trabajadores se encuentren permanentemente “enganchados” al trabajo, a través de ordenadores, tablets, smartphones, información en la nube, correos electrónicos, mensajería instantánea... Es indudable que estas tecnologías móviles son también herramientas de progreso para las empresas, en la medida en que contribuyen al aumento de la productividad. Sin embargo, a pesar de los beneficios, no son menos los aspectos negativos, sobre todo en lo que se refiere a la seguridad. La privacidad de las personas, la dificultad de desdibujar la línea divisoria entre la vida personal y la profesional del trabajador, en definitiva, la eliminación de la frontera entre tiempo de trabajo y descanso, implica tanto riesgos físicos como psicosociales. Estas cuestiones ya estaban en el debate de las condiciones de trabajo antes de la crisis, pero la imposición del teletrabajo para afrontar la pandemia, ha relanzado el debate sobre las condiciones de esta modalidad de trabajo y los riesgos que conlleva su práctica, sobre todo de las dificultades para ejercer el derecho a la desconexión recientemente y someramente, regulado.

Es sobre el empresario en quien recae el deber de proteger la salud de los trabajadores y, por tanto, el deber de respetar de manera efectiva su descanso. Esto es lo que ha evidenciado la necesidad de regular el derecho a la desconexión digital que, en los países de nuestro entorno comenzó por Francia, a la que siguió Italia y que, en España, se ha materializado en la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos y garantía de derechos digitales (BOE 6 de diciembre de 2018). Con esta perspectiva, el derecho a la desconexión digital se desarrolla como un mecanismo para la construcción de un nuevo modelo en la organización del tiempo de trabajo, con una especial intensidad en el momento de alerta sanitaria en el que nos encontramos y con importantes expectativas de futuro.

Pero, como analizamos a continuación, este nuevo escenario precisa de una mayor concreción normativa, tanto por parte de los poderes públicos como dentro de las empresas a través de los instrumentos de negociación colectiva o de protocolos pactados entre empresario y trabajador. **Intentaré responder al “derecho” real a la desconexión y a la “obligación” de la gestión de un riesgo asociado al uso de las TICs.**

En España, el derecho a la desconexión digital fuera del horario de trabajo se conceptúa como la limitación al uso de las tecnologías de la comunicación, mensajerías y correos electrónicos en su mayor medida, para garantizar el tiempo de descanso y vacaciones de los trabajadores. Realidad a la que nos ha enfrentado el Covid-19, en muchas empresas e instituciones y, por supuesto, en muchos hogares.

Tras varias proposiciones no de Ley para su regulación, en la trasposición al ordenamiento jurídico español del Reglamento (UE) 2016/679 de 27 de Abril DOUE (Reglamento general europeo de protección de datos (GDPR/RGPD)), con efectos de 6 de diciembre de 2018, la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de Diciembre (Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales -LOPDGDD-) ha introducido medidas para reforzar la privacidad de los trabajadores ante los sistemas audiovisuales o de geolocalización en el trabajo y garantizar el derecho a la desconexión digital fuera de horario laboral.

La inexistencia en nuestro país de una regulación específica hasta que se publicó la LOPDGDD, no significa la ausencia de previsiones normativas sobre el derecho de los trabajadores a la desconexión una vez finalizada su jornada laboral. La dispersión se inicia con la Constitución Española que en su artículo 40.2 insta a los poderes públicos a fomentar una política que garantice el descanso laboral a través de la limitación de la jornada laboral. Referencia también a la jornada laboral la encontramos en el Estatuto de los Trabajadores (ET), en los artículos del 34 al 38. Y si nos centramos en la regulación en materia de seguridad y salud en el trabajo, tanto el ET como la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), establecen veladas referencias. Este elenco normativo, sin embargo, no está exento de polémica puesto que carece de la rigidez que debería para dejar el mínimo posible de flexibilidad al arbitrio de la empresa.

La LOPDGDD no incluye, a diferencia de la Ley francesa⁴ – pionera dos años antes -, definición alguna del derecho a la desconexión, limitándose a una referencia a las modalidades de ejercicio del derecho y a las acciones de formación y sensibilización del personal sobre el uso de las herramientas tecnológicas. En lo referente a las modalidades del ejercicio del derecho se arbitran diferentes salidas en función del objeto y la naturaleza de la relación laboral, el sector productivo, el tipo de actividad, incluyendo las tareas a realizar. Las acciones de formación y sensibilización entendemos deberían ser una actuación preferente ante el uso y abuso de las herramientas tecnológicas que la empresa pone a disposición del trabajador, y que tienen influencia directa sobre la salud de los trabajadores. Sin embargo, la ley, no recoge el contenido del derecho ni las garantías intrínsecas de eficacia, remitiendo a la negociación colectiva o a las políticas que en cada caso se establezcan en la empresa por parte del empresario, a través de acuerdo, y tras consulta a los trabajadores o sus representantes.

El nuevo texto normativo fija el derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral, en los siguientes términos:

- 1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar.*
- 2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores.*

⁴ Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels

3. *El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.*

Igualmente, y dentro del contexto de la desconexión digital la **LOPDGDD** ha añadido un nuevo artículo 20 bis al texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, con el siguiente tenor literal:

Artículo 20 bis. Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión.

Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

Y una nueva letra j) bis en el artículo 14 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público:

j) bis A la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, así como a la desconexión digital en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

El Real-Decreto Ley28/2020, de 6 de septiembre, de trabajo a distancia ha intentado cubrir esta laguna demandada tras la publicación de la LOPD y las actuales circunstancias. Su artículo 18 nos redirige a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, y a la obligación del empleador (previa audiencia de los representantes de los trabajadores) a elaborar una política interna dirigida a trabajadores “en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de la fatiga informática”. El mismo artículo 18 obliga al empresario a limitar el uso de los medios tecnológicos durante los periodos de descanso y el respeto a la duración máxima de la jornada.

Lo que parece una novedad, a nuestro juicio, no es más que el establecimiento de la obligación – por la vía de la ley – de un derecho tan antiguo como el propio derecho al trabajo, cual es el derecho al descanso y que fue regulado internacionalmente, entre otras fuentes, hace ya casi un siglo, en los primeros convenios de la OIT⁵ que ya relacionaban la ordenación del tiempo de trabajo con la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, y también en la Carta Social Europea de 1961 y

⁵ Convenio núm. 1 OIT sobre las horas de trabajo (industria), Convenio núm. 6, sobre el trabajo nocturno de los menores, Convenio núm. 14, sobre el descanso semanal en la industria, Convenio núm. 30, sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), Convenio núm. 132, sobre el período de vacaciones, entre otros.

en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Cabe preguntarse, por tanto, ¿de dónde viene esta pretendida “novedosa” situación?

Las TICs, Tecnologías de la Información y la Comunicación, constituyen actualmente una herramienta esencial para el mantenimiento y el desarrollo de la competitividad de las empresas y lo que ahora se considera ineludible bajo estas siglas, hemos podido comprobar en estos dos meses que coloniza el conjunto de espacios vitales, entendidos en su más amplio sentido de espacio y tiempo. Las empresas que ganan hoy, son las que saben establecer cooperaciones, trabajar en red, producir y utilizar colectivamente los conocimientos para generar valor. Y los trabajadores adquieren un valor que no se les consideraba, al haberlos convertido el Covid-19 en estrictamente necesarios para continuar con la actividad de la empresa, a distancia.

El obligado empleo masivo de estas herramientas de trabajo y comunicación ha modificado considerablemente la manera de vivir de los trabajadores, y ha consolidado la flexibilidad en el empleo, tanto desde una perspectiva espacial como temporal, de manera que las TICs, en algunos casos, se llegan a percibir como un factor de degradación de la calidad de vida y no necesariamente como factores de motivación y de reconocimiento. Nos encontramos pues, ante una paradójica situación. La conexión es cada vez más permanente y estas tecnologías son tan portadoras de información no deseada, impulsoras de llamadas intempestivas, de sobrecarga de trabajo, de confusión, de nuevas adicciones y de controles no autorizados, como revolucionarias.

Esta realidad comporta una serie de riesgos asociados a la desconexión como una patente evidencia que se ha vislumbrado en tiempos de la COVID-19.

Actualmente, un tercio aproximadamente, de la fuerza de trabajo en el mundo, emplea un número excesivo de horas en la realización del trabajo, entendiéndose el exceso cuando se superan de manera habitual, las 48 horas semanales. Las horas excesivas de trabajo se relacionan con los efectos crónicos de la fatiga, asociados a problemas de salud como enfermedades cardiovasculares, trastornos gastrointestinales y estados de salud mental que implican niveles altos de ansiedad, depresión y trastornos del sueño. Tal es la evidencia que el informe de 2019 de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo de la OIT señala que “el establecimiento de límites a las jornadas de trabajo excesivamente largas reducirá los accidentes de trabajo y los riesgos psicosociales asociados a dichas jornadas”⁶.

Según un estudio de Infojobs, el 51% de la población española afirma responder correos electrónicos y atender llamadas de trabajo durante los fines de semana y durante las vacaciones. Según la Encuesta Nacional sobre Condiciones de Trabajo, uno de los indicadores de los factores de riesgo psicosocial son determinadas características de la organización del trabajo. Los nuevos riesgos asociados al tiempo de trabajo son múltiples: tecnofobia, tecnoadicción, tecnofatiga, tecnoansiedad, tecnoestrés. A estos riesgos psicosociales tenemos que sumar los riesgos físicos, trastornos musculoesqueléticos, lesiones oculares, riesgos asociados al sedentarismo, riesgos de sobre exposición a las ondas electromagnéticas...

Las dificultades de desconexión laboral provocan situaciones de estrés, agotamiento, fatiga informática, porque realmente no son las TICs las que provocan los riesgos sino el uso que de ellas se haga. La fatiga informática se vincula al cansancio provocado por la continua exposición a la tecnología. Esperar un correo fuera del

⁶ OIT (2019) “Trabajar para un futuro prometedor. Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo”. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_662442.pdf

horario laboral, puede generar una situación de estrés. La sobrecarga de información no garantiza el derecho al descanso ni la conciliación entre la vida personal y laboral. Todas estas circunstancias han sido consideradas como enfermedades y causas motivadoras de incapacidad laboral por parte de la Comisión Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo (CNSST).

Aproximadamente un 43% de las empresas españolas han implantado medidas de teletrabajo y el sentir de la mayoría de los agentes implicados es que ha venido para quedarse, pero confundir los beneficios de trabajar desde casa como una compensación a la plena disponibilidad, es una perversión de la fórmula. Urge que la nueva realidad obligue a las empresas a respetar las leyes, tanto en lo referente al horario de jornada como en el derecho a la desconexión digital, para no tener injerencias laborales si no es en tiempo de oficina.

Hay que poner especial cuidado en esta nueva situación porque si bien, es una oportunidad de implantar las políticas de flexibilidad y conciliación y mantener la actividad económica en muchos sectores, también está dando su peor cara, generando sobrecarga y agotamiento en la persona trabajadora. El alto coste personal, se siente especialmente para quienes además tienen que atender las tareas de cuidados familiares, pero también al identificar y valorar lo peor del teletrabajo, en las circunstancias actuales: la sensación de no parar de trabajar, la falta de interacción con los compañeros, la falta de interacción con el equipo, sensación de claustrofobia al no poder salir de casa, el aislamiento, la falta de actividad física, pese a las muchas aplicaciones y entrenadores personales en las redes sociales, la pérdida de la vinculación con la empresa, la pereza, una menor iniciativa, menos competitividad y también comer más.

Y en estas nos encontrábamos cuando la pandemia nos ha obligado a un porcentaje importante de la población, a trabajar desde casa para cumplir con las exigencias del confinamiento necesario para combatir la propagación del virus. El actual, e impuesto, escenario laboral/digital, tiene consecuencias para el ciudadano tanto en su esfera privada como en su ámbito profesional. Las fronteras se han diluido, ya no hay distancias físicas ni problemas de tiempo y espacio, hasta tal punto que los trabajadores se sienten cada vez más atrapados por el espacio laboral, con mayor carga de trabajo y menor tiempo de descanso. Y todo porque el despacho se ha trasladado a nuestro sofá.

Una vez transcurridos los primeros meses de teletrabajo, y la novedad incluso la ilusión de no tener que madrugar tanto o de evitar desplazamientos, gastos y atascos, se han empezado a sentir las secuelas de la pandemia en esta modalidad de prestación del servicio. Y se ha retomado el debate sobre la necesidad de regulación de un real derecho a la desconexión y de la gestión de situaciones de riesgo vinculadas al uso de las nuevas herramientas. Desde una perspectiva general, la regulación de este derecho se justifica desde tres perspectivas. Por un lado, desde el punto de vista social, por cuanto protege la tutela física y moral del trabajador; desde un punto de vista jurídico al imponer límites a la duración de la jornada de trabajo, y por último desde un punto de vista económico, porque un exceso en la duración de la jornada puede repercutir en el coste de la producción y en los beneficios de la empresa.

Como todo en esta vida, consiste en encontrar el difícil equilibrio, para que el uso no se convierta en abuso. No es una prestación a tiempo total sino una forma de organización del trabajo, algo para lo que ni las empresas ni los trabajadores estaban preparados, pero, como decía Einstein, toda crisis es una oportunidad para aprender.

DÉCIMO PRIMERA CUESTIÓN

EyCE: *Y en materia de Seguridad Social, ¿cómo se están abordando las consecuencias socio-laborales de la crisis sanitaria derivada del COVID-19 desde el Sistema de Seguridad Social español?*

Respuesta: Isabel Villar Cañada. Profesora titular de Derecho del Trabajo.

La actual situación de crisis derivada del coronavirus COVID-19 está suponiendo un auténtico reto para nuestro país y para el mundo entero. El sistema de salud, la economía, el tejido empresarial, los trabajadores y trabajadoras nos estamos enfrentando ante una situación imprevista, imprevisible e incierta ante la cual los poderes públicos, en un aluvión incesante de normas, están intentando ofrecer soluciones dirigidas a paliar, en la medida de lo posible, las consecuencias derivadas de la misma. Las consecuencias que de la declaración del estado de alarma, aprobado por el RD 463/2020, de 14 de marzo, han derivado para empresas y personas empleadas están poniendo a prueba también la capacidad de nuestro ordenamiento jurídico socio-laboral para hacerles frente.

El RD ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 estableció, siempre que fuese técnica y razonablemente posible, la preferencia del trabajo a distancia frente al cese temporal o la reducción de la actividad. Ciertamente es que esta modalidad del teletrabajo se ha empleado –y se sigue empleando– como recurso para muchos empleados y empleadas. Pero también lo es que, en muchos otros casos, las características de nuestro tejido empresarial o la naturaleza de las actividades desempeñadas no están haciendo factible este recurso.

Han sido, como es sabido, muchas las empresas obligadas a cerrar o reducir su actividad al público y muchas también las que, como consecuencia de la limitación de la libertad de movimiento de la ciudadanía, han experimentado un descenso significativo de su actividad y sus rendimientos, con consecuencias directas sobre las plantillas. Unas consecuencias estas que se ha intentado canalizar vía suspensión temporal de los contratos de trabajo, la mayor parte justificadas por razones de fuerza mayor (agilizando la tramitación de las mismas) o, en su caso, por la reducción del volumen de negocio o la objetiva previsión de ella.

Pues bien, ante esta situación, el papel de nuestro sistema de Seguridad Social para intentar hacer frente a las consecuencias socio-laborales de la crisis sanitaria está siendo clave. Desde el inicio de esta, se han ido adoptando numerosas medidas excepcionales de particular trascendencia. Entre las más destacadas, y sin afán de exhaustividad, podemos señalar:

- La consideración de las bajas laborales consecuencia del coronavirus como situaciones asimiladas a accidentes de trabajo, con el consiguiente tratamiento más favorable respecto a las contingencias comunes, tanto para el acceso a la correspondiente prestación económica de Incapacidad Temporal (al eliminarse el requisito de la carencia previa, bastando sólo con encontrarse en alta en el momento del hecho causante), como en lo que se refiere a la cuantía (el 75% de la base reguladora de la persona beneficiaria) y al nacimiento de la misma (al día siguiente al del hecho causante).

- La exoneración total (para las empresas que a 29 de febrero tuvieran menos de 50 trabajadores en situación de alta en la SS) o parcial (del 75% para aquellas con 50 trabajadores o más) de las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social (y de la parte que corresponda en conceptos de recaudación conjunta), en los supuestos de ERTEs derivados de fuerza mayor relacionados con la COVID-19. Una exoneración que no afecta a la persona trabajadora, puesto que dicho período se considera como efectivamente cotizado a todos los efectos, y que se vinculó al compromiso del mantenimiento del empleo durante los seis meses siguientes a la finalización del estado de alarma y, por consiguiente, de las medidas de reducción de jornada o suspensión de contratos basadas en el COVID-19.
- La flexibilización de la regulación de la prestación por desempleo con el objetivo de garantizar la protección de las personas trabajadoras afectadas por un ERTE. Flexibilización concretada en el reconocimiento del derecho a la prestación aunque no se cumpla con el período de carencia establecido con carácter general en la LGSS o en el hecho de que no se compute el tiempo en que se perciba la prestación derivada de estas circunstancias extraordinarias, a los efectos de consumir los períodos máximos de percepción previstos en el art. 269 LGSS.
- El reconocimiento del derecho a una prestación extraordinaria a colectivos excluidos de la prestación por desempleo con carácter general, como el de las empleadas de hogar, en los casos en que hayan perdido su empleo o lo hayan visto reducido en uno o varios hogares consecuencia de la crisis sanitaria; el de trabajadores/as con contratos de duración determinada de al menos dos meses de duración a quienes se les haya extinguido el contrato con posterioridad a la entrada en vigor del estado de alarma y que no cuenten con la cotización necesaria para acceder a otra prestación o subsidio y no tengan rentas superiores al 75% SMI; o el de artistas de espectáculos públicos que no hayan podido continuar con su actividad por la crisis del coronavirus y no estén afectados por un ERTE.
- La flexibilización del procedimiento para solicitar las prestaciones por desempleo, de forma que la presentación extemporánea de las solicitudes no implica reducción de la duración del derecho a la prestación correspondiente; o la prórroga de oficio de los subsidios por desempleo y para mayores de 52 años.
- El reconocimiento del derecho a una prestación extraordinaria por cese de actividad a aquellos/as trabajadores/as por cuenta propia –en situación de alta en el RETA y al corriente en el pago de las cuotas en el momento de la declaración del estado de alarma- cuyas actividades hayan quedado suspendidas como consecuencia de la actual situación, o bien cuando su facturación en el mes anterior al que se solicita la prestación se haya visto reducida, al menos, en un 75 por ciento en relación con el promedio de facturación del semestre anterior, aunque no se acredite el período mínimo de cotización para tener derecho a la prestación. Se establece que el período en que se perciba no reducirá aquel al que con posterioridad

podiera tener derecho el beneficiario en concepto de prestación ordinaria de cese de actividad.

- La posibilidad de solicitar aplazamientos o moratorias en el pago de las cotizaciones a las empresas o trabajadores/as autónomos/as afectados por la crisis...

Si bien es indudable la existencia en estas medidas de aspectos que pueden resultar cuestionables (por ejemplo la ausencia de una prestación dirigida a compensar la disminución de ingresos de quienes han tenido que optar por una reducción de su jornada de trabajo para atender responsabilidades familiares y de cuidado, derivadas de la situación de crisis), o lo son también los problemas de gestión y tramitación de las prestaciones que se han generado en la práctica, lo cierto es que se trata de medidas que intentando paliar, siquiera parcialmente, las situaciones de necesidad de la población, sitúan a nuestro Sistema de Seguridad Social ante un importante reto.

No es el momento, evidentemente, de cuestionar el coste que las mismas supone para nuestra Seguridad Social, pero resulta una realidad incontestable la sobrecarga financiera que las consecuencias socio-laborales de la crisis sanitaria están suponiendo para el sistema, situación acrecentada por el desplome de los ingresos por cotizaciones sociales, consecuencia también de la crisis. Para que el conjunto del sistema pueda hacer frente a este déficit el Ejecutivo habilitó a finales de mayo un macrocrédito de 30.500 millones de euros a la Seguridad Social, destinado a hacer frente al pago de las pensiones (14.000 millones) y de las prestaciones y subsidios por desempleo del Servicio Público de Empleo Estatal (16.500 millones). Crédito que viene a unirse al de 13.800 millones aprobado en el mes de abril (adelanto del previsto en los Presupuestos Generales del Estado, prorrogados de 2018), lo que da una idea de la situación financiera del sistema y de las tensiones de liquidez (insuficiencia de ingresos para hacer frente a los gastos) que pueden producirse (pensemos además, que en el mes de junio-y noviembre- la Seguridad Social ha de hacer frente al abono de la nómina extraordinaria de pensiones).

Además de medidas como las expuestas, mención aparte merece el **Ingreso Mínimo Vital** (IMV). Esta renta básica, cuya aprobación y puesta en práctica se ha visto acelerada por las consecuencias económicas de la crisis y sus efectos en el ámbito laboral, ya estaba prevista desde hace tiempo en los programas electorales de distintos partidos políticos y quedó recogida de manera expresa en el acuerdo de gobierno del actual Ejecutivo. En una línea similar ya había existido en nuestro país algún antecedente, como fue la Proposición de Ley (fruto de una iniciativa legislativa popular) sobre establecimiento de una prestación de ingresos mínimos en el ámbito de protección de la Seguridad Social, que no llegó a ver la luz.

Pues bien, el IMV ha sido aprobado por Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, con efectos desde el 1 de junio, como prestación no contributiva de la Seguridad Social. Se trata de una red última de seguridad económica con el objetivo principal de dar cobertura a las necesidades básicas de las personas o “unidades de convivencia” en riesgo más extremo de pobreza y exclusión social.

Con carácter general, se considera que un hogar se halla en situación de “vulnerabilidad económica” que da derecho a acceder al ingreso cuando el promedio mensual del conjunto de ingresos y rentas anuales computables de la persona beneficiaria individual o del conjunto de miembros de la unidad de convivencia, correspondientes al ejercicio anterior, sea inferior al menos en 10 euros a la cuantía mensual de la renta garantizada con el IMV que corresponda en función de la modalidad

y del número de miembros de la unidad de convivencia, siempre que el valor del patrimonio de que sean titulares no supere unos límites fijados normativamente.

Pero además esta medida se ha querido vincular de manera expresa a las consecuencias derivadas de la crisis sanitaria, desde el momento en que también se reconoce el derecho a la misma a los hogares con patrimonio “escaso” en los que se haya producido una caída de más del 50%, de sus rentas respecto a los de 2019. Para estos casos se contempla que a final de año se volverá a valorar la situación, realizando los ajustes o revalorizaciones que procedan.

No obstante, el RD-ley deja claro que, más allá de la dimensión coyuntural que esta medida tiene en el actual contexto de crisis provocado por la pandemia, la nueva prestación tiene carácter indefinido y se integra con vocación estructural dentro del sistema de Seguridad Social, como manifestación de la función que la Constitución atribuye al Estado de atender las situaciones de necesidad de la ciudadanía (art. 41 CE), cuya identificación ha de llevarse a cabo «... teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales» (STC 65/1987).

Según los cálculos del Gobierno, aproximadamente unas 850.000 familias (unos 2,3 millones de personas) con ingresos y patrimonio por debajo de un umbral fijado para cada una de las 14 tipologías de unidades de convivencia, podrán beneficiarse de esta ayuda, suponiendo un coste de en torno a 3.000 millones de euros para las arcas públicas; coste que se financiará, en cuanto prestación no contributiva que es, con cargo al Estado mediante las correspondientes transferencias presupuestarias a la Seguridad Social.

Esta renta mínima, que, con carácter general puede ser solicitada por personas con edades comprendidas entre 23 (aunque esta edad puede rebajarse si se tiene al menos un hijo a cargo y en los casos de beneficiarias víctimas de violencia de género o de trata) y 65 años y con residencia legal en España al menos el año anterior a la solicitud, puede compatibilizarse con las rentas mínimas autonómicas (si bien en este caso se prevé la limitación de la cuantía de estas), que no computan para determinar el derecho a la ayuda estatal (como tampoco lo hacen la vivienda habitual o las prestaciones y ayudas económicas finalistas tales como becas o ayudas para el estudio, ayudas por vivienda y ayudas de emergencia o la vivienda del solicitante).

La cuantía de la prestación, que se abona mensualmente, es variable, dependiendo del número de personas en el hogar y de los ingresos que la unidad de convivencia tuviese en 2019, oscilando entre un máximo de 461,5 €/mes en los supuestos de un adulto sin hijos y de 1.015 €/mes en los casos de cuatro adultos y un hijo/a, incluyéndose un complemento para familias monoparentales del 22 por ciento de la cuantía mensual de la pensión no contributiva unipersonal. El IMV no se configura, pues, como una cuantía fija predeterminada, sino como una prestación que cubre la diferencia entre el conjunto de ingresos que ha recibido el hogar unipersonal o la unidad de convivencia durante el año anterior y la renta garantizada determinada por el real decreto-ley para cada supuesto (equivalente al 100 por ciento del importe anual de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social vigente en cada momento, dividido entre 12).

El derecho a percibir la prestación se mantendrá mientras subsistan las causas y se observen los requisitos y obligaciones que motivaron su concesión.

En línea con el resto de países europeos, se exige a las personas solicitantes que busquen activamente empleo, debiendo seguir un “itinerario individualizado y

personalizado de inserción”. Este requisito, junto a la posibilidad de compatibilizar el IMV con el desempeño de un trabajo pudiéndose en este caso exceder las rentas máximas, pretende hacer frente a una de las críticas que más habitualmente reciben este tipo de rentas: que las mismas desincentiven la búsqueda de empleo por parte de las personas beneficiarias.

La probabilidad de fraude (expresamente se establece que el INSS pueda llevar a cabo las “comprobaciones, inspecciones, revisiones y verificaciones” que considere necesarias, pudiendo incluso suspenderse cautelarmente la prestación y establecer multas y/o devoluciones de lo recibido) es otro de los aspectos cuestionados tradicionalmente de medidas como la adoptada, aunque no pensamos que deba ser un obstáculo para su defensa y justificación, por cuanto la posibilidad de actuaciones fraudulentas está presente en todas las prestaciones de protección social.

Llama la atención la obligación dirigida a las personas beneficiarias del IMV de administrar “responsablemente” la prestación, destinándola a la cobertura de las necesidades básicas de todos los miembros de la unidad de convivencia. Si se constata una utilización fraudulenta de la misma, la persona incumplidora se enfrentará a sanciones que oscilarán desde un mes a seis meses sin percibir la prestación. Habrá que esperar para comprobar la eficacia de los mecanismos de control para llevar a cabo esa labor inspectora. Y también serán sancionados quienes no comuniquen cualquier cambio o situación que pudiera dar lugar a la modificación, suspensión o extinción de la prestación en un plazo de 30 días o quienes no busquen empleo de manera activa, pudiendo hacerlo.

Dejando a un lado el controvertido tema de la gestión (con carácter general el INSS asume el reconocimiento y control de la prestación, aunque esta competencia ha sido reconocida a País Vasco y Navarra en atención a su régimen foral), habrá que esperar un tiempo para hacer las primeras valoraciones sobre su aplicación y efecto, pero, sin duda, nos encontramos ante un paso de enorme importancia en la evolución del sistema de Seguridad Social que contribuirá, aunque de manera parcial, a paliar las situaciones de particular vulnerabilidad de buena parte de la población, acrecentadas indudablemente por la situación actual.

En cualquier caso, si algo ha de quedar claro es que la prioridad en estos momentos ha de seguir siendo la atender las situaciones de desprotección en que la crisis sanitaria ha dejado y sigue dejando a una gran parte de la población, y a ese objetivo han de orientarse las actuaciones de los poderes públicos, también en el ámbito de la protección social.

El sistema de Seguridad Social sigue, una vez más, actuando como amortiguador frente a las necesidades, nuevas y crecientes, de la ciudadanía.

DÉCIMO SEGUNDA CUESTIÓN

***EyCE:** Seguimos conversando con las compañeras de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social para que nos informen sobre algunas otras medidas laborales, consideradas fundamentales, adoptadas durante la crisis de la COVID-19, sobre todo en relación con los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTEs).*

Respuesta: Raquel Vela Díaz. Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Uno de los principales efectos de la crisis sanitaria y económica derivada del Covid-19 tiene una repercusión directa y profunda en los sistemas de relaciones laborales y en el ámbito de la protección derivada de la Seguridad Social. Esta situación ha dado lugar a una paralización de la economía sin precedentes, puesto que sus consecuencias han interrumpido la actividad económica de una manera precipitada, siendo los efectos especialmente visibles en el funcionamiento de los mercados de trabajo, y por tanto, en la actividad laboral de los trabajadores y trabajadoras, poniéndose así en cuestión nuestro modelo de economía, indiferente en numerosas ocasiones a los aspectos sociales vinculados al trabajo de las personas.

A este respecto, son muchas las personas trabajadoras que han perdido su empleo, que están afectadas por un expediente de regulación temporal de empleo -lo que se traduce a su vez en que numerosas empresas han tenido que solicitar dicha protección al Servicio Público de Empleo Estatal- o, en el caso de los trabajadores autónomos, han tenido que solicitar la prestación por cese de actividad. En este sentido, las principales medidas adoptadas por el Gobierno español mediante diversos decretos iban en la línea de evitar una destrucción masiva del empleo por la vía de los despidos, promoviendo el teletrabajo y dirigiendo las decisiones a través de los ERTes, en un entorno de paralización de la actividad productiva derivada de la situación de confinamiento por el estado de alarma. Medidas por tanto de carácter temporal -al menos aparentemente-, ligadas a la situación de emergencia.

Uno de los impactos más obvios que en el mundo del trabajo está provocando la crisis del Covid-19 ha sido la explosión del trabajo en remoto o teletrabajo, como solución para el mantenimiento de una importante cuota de actividad en el sector de los servicios, lo que ha generado que gobiernos y empresas hayan realizado un especial esfuerzo por facilitar y poner en marcha la opción de trabajo digital para sus trabajadores -algo hasta ahora muy poco aplicado en nuestro país- y que proveedores tecnológicos potencien sus infraestructuras para hacer frente al espectacular aumento que se ha producido en la demanda de conexión.

El RD ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19 estableció en el art. 5, siempre que sea técnica y razonablemente posible, la preferencia del trabajo a distancia frente al cese temporal o la reducción de la actividad, facilitándose para ello, a modo de ejemplo, el cumplimiento de la obligación de efectuar la evaluación de riesgos laborales, a través de una autoevaluación realizada voluntariamente por la propia persona trabajadora; y tratando de incentivarse estas modalidades de trabajo a distancia con medidas económicas para que las empresas puedan adquirir el material tecnológico necesario para su cumplimiento⁷. Esto ha permitido que la actividad productiva de numerosas empresas se haya visto menos resentida, evitando así el recurso a la protección a través de los ERTes.

No obstante, si bien es una realidad que el teletrabajo o trabajo a distancia se está empleando como recurso para muchas personas trabajadoras, cabe también señalar

⁷ Lo establecido en el citado precepto ha sido objeto de prórroga de acuerdo con lo que establece el art. 15 del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo.

que en otros muchos casos, las características de nuestro tejido empresarial o la naturaleza de las actividades no han hecho viable este recurso.

Lo que sí es cierto es que esta modalidad de trabajo remoto está llamada a crecer de forma exponencial hasta consolidarse como entramado habitual en cuantiosos contextos funcionales que no exigen presencialidad, pues la situación de emergencia sanitaria derivada de la propagación del Covid-19 no sólo ha exigido el confinamiento domiciliario como canal óptimo para evitar contagios, sino que aconseja mantener medidas de distanciamiento social *ad futurum*⁸.

Esta realidad, por tanto, evidencia la imperiosa necesidad de llevar a cabo un nuevo tratamiento normativo del teletrabajo⁹, dada la escueta regulación hasta el momento -art. 13 ET- y la regulación “expres” derivada de la emergencia sanitaria que no ha tenido en cuenta determinados derechos absolutamente vinculados a esta forma de trabajo.

Sin lugar a dudas, la fórmula más utilizada para la protección del empleo durante la situación de epidemia ha sido el recurso a los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTEs). La finalidad de los mismos ha sido evitar el despido inminente, canalizando temporalmente la caída del empleo a través de suspensiones de la relación laboral, y, en menor medida, mediante reducciones de la jornada de trabajo. En esta situación, la persona trabajadora tiene acceso a la prestación por desempleo temporal total o parcial en caso de reducción de la jornada. Dicho recurso puede suponer una suspensión de los contratos de trabajo durante días consecutivos o alternos, o bien, la reducción de la jornada laboral.

Si bien esta medida es una forma de protección pensada originariamente para causas empresariales (económicas, técnicas, organizativas o de producción) de acuerdo con el art. 47 del Estatuto de los Trabajadores, en esta situación de crisis se ha aplicado coyunturalmente como un mecanismo de protección ante la circunstancia de fuerza mayor provocada por la epidemia sanitaria.

Así, el art. 22 del RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19 contempló la aplicación de reglas procedimentales más ágiles y simplificadas del procedimiento, siendo necesario acreditar que la empresa no puede continuar con el desarrollo ordinario de la actividad total o parcialmente, considerándose afectadas por causa de fuerza mayor. Las particularidades contempladas para los ERTEs justificados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción contempladas en el art. 23 de dicho Real Decreto, también se orientan hacia la mayor agilidad en su tramitación.

Conviene también mencionar que la disposición adicional 6ª del citado texto legal contempló el compromiso de la empresa que se acoja a estas fórmulas de salvaguardar y mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad. Este compromiso del mantenimiento del empleo se valorará en atención a las características específicas de los distintos sectores y la normativa laboral aplicable, teniendo en cuenta, en particular, las especificidades de aquellas empresas que presentan una alta variabilidad o estacionalidad del empleo¹⁰. A este

⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Teletrabajo y control de actividad: Propuestas de Lege Ferenda”, en Blog Transforma e-WORK, 29 Junio 2020. <https://www.transformaw.com/blog/>

⁹ Ya se ha redactado el anteproyecto de una nueva ley de regulación del teletrabajo.

¹⁰ Para la aplicación de esta disposición, se debe tener en cuenta el contenido de la disposición adicional 14 del RD-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.

respecto, si bien debemos resaltar la trascendencia del contenido de la citada disposición adicional, también debemos subrayar la ambigüedad y la imprecisión técnica de su redacción, cuyo contenido ha sido profundamente reformado de manera posterior por la disposición final primera del RD-Ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo¹¹.

Respecto a las personas trabajadoras, con el fin de garantizar la protección de las que se vean afectadas por estas medidas de suspensión o reducción temporal de empleo, el art. 25 del RD-Ley 8/2020, de 17 de marzo, permite una regulación más flexible de la prestación por desempleo en los siguientes términos: por un lado, se reconoce la posibilidad de acceder a la prestación por desempleo temporal sin la solicitud de requisitos estrictos de cotización previa, lo que permite la protección de los trabajadores aunque no se cumplan los periodos de carencia establecidos con carácter general en la Ley General de Seguridad Social; por otro lado, no se va a computar el tiempo en que se perciba la prestación derivada de estas circunstancias extraordinarias, a los efectos de consumir los períodos máximos de percepción previstos respecto a la prestación contributiva de desempleo.

Sin embargo, en estas medidas iniciales de urgencia adoptadas por el Gobierno, quedaban dos importantes colectivos sin posibilidad de acogerse a los ERTE, ni con posibilidad de acogerse a la prestación por cese de actividad extraordinaria contemplada para los trabajadores por cuenta propia o autónomos: las personas empleadas de hogar -mujeres casi en su totalidad- y los trabajadores/as temporales a los que se les han resuelto sus contratos. La especial vulnerabilidad de estos colectivos posibilitó que el RD-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, extendiese la protección social también a estos colectivos, contemplando las correspondientes prestaciones o subsidios económicos¹².

Por último, cabe dejar constancia, dado que se trata de la fórmula a la que más se han acogido empresas y trabajadores, de las modificaciones que ha ido experimentando su regulación en estos meses. Así, el RD-Ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias en el ámbito laboral para paliar los efectos derivados del Covid-19, establece medidas extraordinarias de desarrollo del art. 22 mencionado anteriormente; las modificaciones introducidas por la disposición final 8.2 del RD-Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo; así como el art. 1 del RD-ley 18/2020, de 12 de mayo, de medidas sociales en defensa del empleo, en el que se establecen las especialidades aplicables a los expedientes de regulación temporal de empleo basados en las causas recogidas en dicho art. 22.

A partir del 27 de junio de 2020, para los expedientes de regulación temporal de empleo se deberá tener en cuenta lo establecido en el RD-Ley 24/2020, de 26 de junio, de medidas sociales de reactivación del empleo y protección del trabajo autónomo y de competitividad del sector industrial, una norma muy esperada y con un elevado

¹¹ Véase un análisis de esta medida de salvaguarda del empleo especialmente conflictiva y controvertida en MOLINA NAVARRETE, C.: “«Tormenta sociolaboral perfecta» y «encomiendas a santa Bárbara»: la Seguridad Social, ¿«bala mágica» frente al riesgo de COVID-19?”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, nº 447, 2020, pág. 16-21.

¹² Véase un análisis de estas medidas en CRUZ VILLALÓN, J.: “Una bienvenida ampliación extraordinaria de prestaciones de Seguridad Social: servicio doméstico y trabajadores temporales”, en Blog de Jesús Cruz Villalón, 1 de Abril de 2020. <http://jesuscruzvillalon.blogspot.com/>

consenso respecto a la necesidad de llevar a cabo, que viene a prorrogar los ERTes que se han ido activando desde el inicio del periodo de crisis sanitaria.

Por último, abordaré en este foro de debate algún aspecto sobre la interrupción de la duración de los contratos temporales y la protección del empleo ante el despido. Y es que la protección del trabajo temporal en España tiene una especial relevancia dada la alta tasa de temporalidad que caracteriza la participación de los trabajadores y trabajadoras en nuestro mercado de trabajo.

En este sentido, el art. 5 del RD-Ley 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias en el ámbito laboral para paliar los efectos derivados del Covid-19, contempla la interrupción de la duración de los contratos temporales que se vean afectados por la suspensión a través de un ERTE en los siguientes términos: la suspensión de los contratos temporales, incluidos los formativos, de relevo e interinidad en los procedimientos de suspensión de contratos y reducción de jornada -arts. 22 y 23 RD-Ley 8/2020- supondrá la interrupción del cómputo, tanto de la duración de estos contratos, como de los periodos de referencia equivalentes al periodo suspendido, en cada una de estas modalidades contractuales, respecto de las personas trabajadoras afectadas por estas.

Por tanto, los contratos temporales se podrán ver afectados por las medidas de suspensión contractual temporal, produciéndose en estas circunstancias la automática ampliación de la duración de dichos contratos temporales, incorporándose también a la protección por desempleo temporal.

Por otro lado, pese al impulso que se le ha otorgado al teletrabajo y pese al notable incremento de los expedientes de suspensión y de reducción de jornada, también se ha producido un importante aumento de las extinciones contractuales, especialmente al inicio de la crisis. Con el fin de proteger el empleo y reducir los despidos vinculados a esta situación, el art. 2 del citado RD-Ley 9/2020, de 27 de marzo señala que la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, no se podrán entender como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido.

No se trata en sentido estricto de una prohibición de despedir, sino de una limitación de la medida de despido, en la línea de elevar el coste de la medida con la calificación del despido improcedente, con la finalidad de desincentivar los despidos para contener una pérdida de empleo durante esta situación sin precedentes¹³.

DÉCIMO TERCERA CUESTIÓN

EyCE: *También el ámbito público del Derecho Tributario se ha visto indubitablemente afectado por la temática que nos vincula en este foro de debate. Contamos con los compañeros de Derecho Financiero y Tributario y les preguntamos cuál ha sido la incidencia de la COVID-19, en materia tributaria.*

¹³ LÓPEZ AHUMADA, J.E.: “Medidas de protección laboral y de seguridad social aplicadas en España durante el estado de alarma provocado por la epidemia del Covid-19”, en *Revista Actualidad Laboral*, Abril de 2020.

Respuesta: David García Guerrero. Contratado FPU de Derecho Financiero y Tributario.

En cuanto a la situación del ordenamiento jurídico tributario tras el estado de alarma causado por la COVID-19, ésta está teniendo una incidencia significativa en la creación y aplicación normativa. Estamos en presencia de una proliferación normativa constante con una técnica legislativa que es más que cuestionable. La consecuencia lógica de lo anterior es que los operadores jurídicos se están viendo desbordados porque, además, los sucesivos Reales Decretos-Leyes que aprueba el Consejo de Ministros vienen a modificar en numerosas ocasiones los anteriores. Además, esto también ha tenido y tiene un impacto directo en los ciudadanos-contribuyentes.

Sin lugar a dudas, se está ante una situación difícil de abordar porque, por un lado, la Hacienda Pública necesita de ingresos -entre ellos, los de naturaleza tributaria, que tienen una relevancia importante en los presupuestos- para poder hacer frente al gasto público y, por otro lado, el confinamiento obligatorio a los ciudadanos-contribuyentes ha causado en una gran parte de ellos una merma de su capacidad económica, por lo que equilibrar ambos puntos es una cuestión que podríamos tildar de compleja.

Ahora bien, si bien *a priori* se podría pensar únicamente en un análisis de actuaciones en materia tributaria adoptadas desde el Estado, hemos de recordar que existen también otros entes que ostentan un Poder Tributario en tanto en cuanto tienen capacidad decisoria para el establecimiento, modificación y supresión de figuras tributarias, como son la Unión Europea o las Comunidades Autónomas españolas.

Por ello, se propone un estudio sucinto de las medidas en esta sede que han tenido y tienen una incidencia en el contribuyente español, dado que la aprobación constante de normas de esta naturaleza o que contenían preceptos de tipo tributario ha creado tanto en el jurista como en el contribuyente una inseguridad jurídica notable.

Varias han sido las medidas adoptadas en el ámbito del derecho tributario.

Comenzado a nivel estatal, estas medidas podrían resumirse en seis bloques¹⁴:

En primer lugar, se han flexibilizado los aplazamientos de deudas tributarias y aduaneras para pequeñas y medianas empresas (PYMES) y autónomos. Por tanto, no es un aplazamiento generalizado al conjunto de contribuyentes. Piénsese que el plazo para realizar la presentación de la declaración de la renta del ejercicio fiscal de 2019 finaliza el 30 de junio de 2020, por lo que no se ha producido en sede de este impuesto un aplazamiento.

En segundo lugar, se han suspendido los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos contemplados en la normativa tributaria desde el 14 de marzo, fecha en la que entró en vigor el Real Decreto 463/2020, por el que se declara el

¹⁴ Disposiciones adicionales tercera y cuarta del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; art. 33 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; art. 52 y disposiciones adicionales octava y novena 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; art. único del Real Decreto-Ley 14/2020, de 14 de abril, por el que se extiende el plazo para la presentación e ingreso de determinadas declaraciones y autoliquidaciones tributarias; Disposición adicional primera y disposición final octava del Real Decreto-Ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo.

estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, hasta el 30 de mayo de 2020.

En tercer lugar, se han ampliado, hasta el 30 de mayo de 2020 o, si fuera posterior, hasta la fecha otorgada por la norma general, determinados plazos abiertos en la fecha de declaración del estado de alarma y que no estaban concluidos a esa fecha, así como de los plazos que, en su caso, se abrieren a partir de la fecha de declaración del estado de alarma.

En cuarto lugar, se ha producido la suspensión del cómputo de plazos de duración procedimientos tramitados por la Agencia Estatal de Administración Tributaria desde el 14 de marzo hasta el 30 de mayo 2020.

En quinto lugar, se ha suspendido la ejecución de garantías que recaigan sobre bienes inmuebles, desde el 14 de marzo hasta el día 30 de mayo de 2020, dentro de los procedimientos de apremio.

En sexto y último lugar, se han modificado los plazos de impugnación, finalizando el plazo para interponer recurso o reclamación el 30 de junio de 2020 inclusive.

No podemos quedarnos en la óptica exclusivamente del Estado, como se manifestaba *supra*. Así, en cuanto a la Unión Europea, que es titular de los derechos de aduanas y ejerce potestades de armonización fiscal respecto a los Estados miembros, se ha aprobado conceder una franquicia de derechos de importación -que son derechos de aduanas- y una exención del IVA para la importación de las mercancías necesarias para combatir los efectos del COVID-19¹⁵. Recuérdese que las franquicias en sede del Derecho Aduanero de la Unión Europea son las exenciones contempladas en los impuestos aduaneros. Ésta era una cuestión fundamental que ha resuelto la Unión de forma muy positiva.

Por último, las Comunidades Autónomas también han actuado en el ámbito de sus competencias en materia tributaria¹⁶. Poniendo de ejemplo Andalucía, dada nuestra situación geográfica, se han aprobado también numerosas medidas. Podemos destacar que, en el caso del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos documentados, así como del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, se establece una prórroga de tres meses para la presentación y para el pago de éstos cuando coincidan con la vigencia del estado de alarma; o, por otra parte, la suspensión de plazos tributarios en ámbito autonómico, quedando fuera aquellos trámites imprescindibles, hasta el 30 de mayo de 2020, así como la suspensión de los plazos para la interposición de reclamaciones económico-administrativas y recursos de reposición será hasta, igualmente, hasta el 30 de mayo, mientras que para los recursos en vía administrativa de

¹⁵ Decisión (UE) n° 2020/491, de la Comisión, relativa a la concesión de una franquicia de derechos de importación y de una exención del IVA respecto de la importación de las mercancías necesarias para combatir los efectos del brote de COVID-19 durante el año 2020.

¹⁶ Decreto-ley 3/2020, de 16 de marzo, de medidas de apoyo financiero y tributario al sector económico, de agilización de actuaciones administrativas y de medidas de emergencia social, para luchar contra los efectos de la evolución del coronavirus (COVID-19); Decreto-ley 8/2020, de 8 de abril, por el que se establecen medidas extraordinarias y urgentes en el ámbito local y se modifica el Decreto-ley 3/2020, de 16 de marzo, de medidas de apoyo financiero y tributario al sector económico, de agilización de actuaciones administrativas y de medidas de emergencia social, para luchar contra los efectos de la evolución del coronavirus (COVID-19); y Decreto-ley 12/2020, de 11 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes y extraordinarias relativas a la seguridad en las playas, medidas administrativas en el ámbito educativo, y otras medidas complementarias ante la situación generada por el coronavirus (COVID-19).

los que puedan derivarse efectos desfavorables o de gravamen para el interesado se establece que el cómputo del plazo se hará desde el día hábil después al levantamiento del estado de alarma.

Permítanme concluir, esta participación en el foro de debate de la Revista de Estudios Jurídicos, indicando que la seguridad jurídica en ámbito tributario se ha visto erosionada por el goteo incesante de normas y la técnica legislativa farragosa, no habiendo ayudado la estructura territorial descentralizada de nuestro Estado.

La actual situación jurídica está directamente relacionada con la situación sanitaria. Si los expertos en esta última materia manifiestan que existe la posibilidad de un rebrote de al COVID-19, el Ordenamiento jurídico deberá estar también preparado, pues de la experiencia vivida en estos meses se puede extraer que el instrumento jurídico que se emplearía sería, de nuevo, el estado de alarma. No cabe como excusa que, como consecuencia de la urgencia, se cometan imprecisiones jurídicas y términos ambiguos.

Nos enfrentamos hoy en día a problemas globales y los Estados, por sí mismos, no son capaces de poder abordarlos. Esta situación demuestra que es necesario continuar avanzando en el proceso de integración europea y, en particular, en la unión fiscal.

DÉCIMO CUARTA CUESTIÓN

EyCE: *La pandemia COVID-19, y la declaración del estado de alarma, también ha afectado y de qué manera a las relaciones privadas, negociales, e incluso también ha afectado a las personas a quienes el Estado más debe proteger, como son las personas dependientes. Preguntemos ahora a los compañeros de las áreas de derecho privado y privado especial de la Universidad, empezando por los compañeros de Derecho Civil, ¿cómo ha afectado esta situación tan controvertida a nuestro estado del bienestar y a las personas especialmente protegidas por su necesaria dependencia?*

Respuesta: Vanesa Sánchez Ballesteros. Profesora doctora de Derecho Civil.

Ante los últimos acontecimientos que se desarrollan a nivel mundial en relación a la pandemia sobrevenida por el covid-19, no podemos dejar pasar la oportunidad de recapacitar ante tales situaciones de despropósitos, no intencionados, pero que sin lugar a duda nos puede servir su análisis para evitar más daños en el futuro. A nivel mundial, todavía encontramos situaciones críticas en muchos países, sin embargo, en España, y habiendo pasado los peores momentos vividos, es menester reflexionar sobre el impacto de la pandemia a nivel jurídico y social y, su repercusión, que en definitiva es el tema que nos ocupa, aunque no podemos olvidar el impacto económico que se lleva produciendo desde su declaración y que sin duda va a afectar inevitablemente en los próximos meses o incluso años. Si observamos las cifras que se barajan de muertes a nivel mundial producidas por la pandemia, e incluso sabiendo que los datos no son muy fiables, podemos atrevernos a decir que la repercusión de la enfermedad ha sido de gran incidencia en el sector de la población más vulnerable, nuestros mayores, hasta el punto de poderla calificar de desoladora.

En cuanto al estado del bienestar en España, permítanme indicarles que el avance de la sociedad a nivel mundial de estas últimas décadas y, especialmente de la

sociedad española se tornaba en la lucha incesante por conseguir el aumento de los derechos y libertades de los ciudadanos, hasta el punto de basar nuestras políticas en pro de un Estado de Bienestar como objetivo fundamental. El Estado de Bienestar según Navarro López, se define como una serie de intervenciones o actividades públicas encaminadas a mejorar la vida de los ciudadanos a través de una serie de políticas sociales que intervienen ámbitos esenciales como la sanidad, la educación, los servicios sociales, laborales, etc. En España concretamente, se inicia en la segunda mitad del siglo veinte, más especialmente en los años 70, respaldado por legislación vinculante al respecto. El éxito ha sido patente a lo largo de los años hasta llegar a nuestros días, a pesar de los vaivenes políticos en función de la ideología que puedan retener su avance, si bien es cierto que los derechos sociales han ido en progreso.

Según el informe del IMSERSO de las Personas Mayores en España de 2016, el crecimiento de la población a nivel mundial, muestra que la población mayor aumenta inexorablemente a lo largo de décadas. Analizando la pirámide de población de estos últimos veinte años, se evidencia que la población en general a nivel mundial está envejecida y no solo eso, sino que se ha envejecido el envejecimiento de la población, incrementándose considerablemente el número de personas octogenarias. Como consecuencia de ello, la población mundial tendrá muchas más personas en especial situación de vulnerabilidad y en situación de dependencia y más aún con la generación baby boom que se aproxima a alcanzar los años de jubilación. Por todos estos motivos, España une sus esfuerzos en proteger a sus mayores con un nivel de protección medio limitado por la estabilidad presupuestaria, en relación a otros países, como consecuencia de las diferentes políticas que se han ido sucediendo con los objetivos de bienestar basados en igualdad de rentas y reducción de los niveles de pobreza, obteniendo una protección basada en la actualización de las pensiones a la realidad económica y a los cuidados de larga duración, entre otros. En 2014, según el documento del IMSERSO 2016, la cuarta parte de la riqueza generada en nuestro país se destinó a sufragar los gastos que ocasionaba la protección social, especialmente a los cuidados de larga duración; aquí entrarán en juego el indicador de esfuerzo en protección social (coeficiente entre los gastos de protección social y el producto interior bruto), con un valor de 24,9 %.

Vistos los niveles económicos empleados en la protección a la vejez, hemos de resaltar a nivel jurídico cuáles son los instrumentos que provocan tal protección, es decir, cual es el régimen jurídico de protección a la vejez. Desde la perspectiva de los derechos humanos destacaremos sólo unas pinceladas: ya en la Declaración Universal de los Derechos humanos de 1948, en su artículo 25 hablaba sobre la protección a la vejez desde un punto de vista de bienestar, protegiendo en esta declaración expresamente la dignidad de la persona en su conjunto; en 1995, el Comité para la aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su observancia general 6, reconoció determinar si la discriminación por razón de edad estaba prohibida por el Pacto, pues ni el Pacto ni la Declaración Universal de los Derechos Humanos hacían referencia a la edad como condición prohibida expresamente recogida. La decisión del parlamento Europeo y el Consejo de 14 de Septiembre de 2011, aprueba proclamar el 2012 como “Año Europeo del Envejecimiento Activo y de la Solidaridad Intergeneracional” teniendo como objetivo fundamental eliminar la discriminación por edad, ya que daba lugar a invisibilidad, marginación y exclusión social; desde el Tratado de Lisboa en su artículo 34, la Unión reconoce y respeta el

derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales en casos como la dependencia o la vejez, entre otras circunstancias.

Para no extendernos más en la regulación jurídica internacional, hemos de situarnos en nuestro régimen jurídico nacional; en España, desde que se aprobó la Constitución de 1978, se consagra el término de “tercera edad” en su artículo 50, integrado dentro del Capítulo III, “de los principios rectores de la política social y económica del Título I”, y será aquí donde el legislador compromete a los poderes públicos a garantizar a la tercera edad, a un medio de vida suficiente y a un sistema de servicios sociales que les atienda ante problemas de salud, vivienda, cultura y ocio. Todo ello, y a pesar de que en su artículo 14, en relación a la igualdad, no recoja expresamente la condición de la edad como trato discriminatorio, aunque podría englobarse en la última parte donde recoge literalmente de “cualquier condición o circunstancia personal o social”. Posteriormente en España, con la transposición de la Recomendación 98 (9) Del Comité de Ministros a los Estados miembros relativa a la dependencia, se aprueba la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, configurándose desde su entrada en vigor en un derecho subjetivo.

Habiendo llegado a este punto esencial de desarrollo de una legislación expresa de la dependencia/edad y una serie de políticas sociales de protección de gran magnitud hacia nuestros mayores, es momento de reflexionar sobre la incidencia de la pandemia covid-19, su repercusión en la tercera edad y por qué se producen unos elevados índices de mortalidad durante este momento.

Volviendo a la situación del Estado de Bienestar, parece que en las últimas décadas se ha avanzado vertiginosamente y de forma exitosa a este respecto, incentivando especialmente indicadores como el de esperanza de vida y esperanza de vida en calidad, siendo España uno de los países a nivel mundial con mayor esperanza de vida; según informa el Instituto Nacional de Estadística, página de EUROSTAT, donde destaca que la esperanza de vida en nuestro país es de 83,4 años en 2017, últimos datos mostrados. Hoy, sin embargo, tras el paso de la pandemia, tales datos se encuentran lejos de la verdad y será necesario una actualización de los valores, pues nuestros mayores han sido el sector más dañado tras el comienzo de la pandemia.

Por todo lo anterior, y ante tal número desmesurado de muertes en residencias de personas en situación de dependencia, nos detendremos a analizar los posibles factores que han podido influir e incluso los motivos hipotéticos que han podido dar lugar a detectar posibles vulneraciones de derechos fundamentales. Asimismo, se plantea la posibilidad en pro de corregir consecuencias futuras, si este elevado número de muertes ha sido consecuencia de la vulneración de algún derecho fundamental: el derecho a la vida, el derecho de igualdad, el derecho a la dignidad, o incluso algún derecho subjetivo derivado de los principios rectores de la política social, como es la protección a la vejez.

Ante la irregular situación en la que nos encontrábamos al declararse el Estado de Alarma el 14 de marzo de 2020 en España, por parte del Estado se limitaron y restringieron algunos derechos fundamentales en pro de la seguridad y salud pública con la aprobación del Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de Alarma para la gestión de la situación de la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19. Al estudiar la disposición, comprobamos qué derechos son limitados y qué medidas son propuestas: limitación de libertad de circulación, limitación al derecho a la propiedad privada a través de requisas temporales, imposición de prestaciones personales obligatorias con fines de utilidad pública, medidas de contención en el

ámbito educativo y de la formación, medidas económicas conteniendo la actividad comercial, cultural, lúdica e ideológica, medidas para reforzar el Sistema Nacional de Salud, para asegurar el suministro de bienes y servicios necesarios para la protección de la salud públicas, de medidas de transporte, de garantía de abastecimiento alimentario, entre otras. Sin embargo, a lo largo del articulado no hemos encontrado criterios de limitación de atención sanitaria en cuanto a prioridades de grupos de población que la precisen.

Si tras el desarrollo de la pandemia covid-19 estudiamos los datos de mortalidad, según el Centro Nacional de Epidemiología, en su tabla muestra las estimaciones del exceso de mortalidad durante el periodo de exceso señalado. Si nos detenemos al de mayor número de mortalidad, destacaremos el sector de edades de más de 74 años con un exceso del 68%, es decir, con un número de casos más de muertos que en el año anterior de 37.134 casos; entre 65-74 años, el exceso será de 48,1%, de 5.136 casos más que en periodo anterior, un poco inferior. Para que la comparativa resulte más determinante, es inevitable añadir el exceso del sector de la población menor de 65 años, suponiendo sólo un 21,2% más con el año pasado, con un total de 2.318 casos más. Se vislumbra un exceso de muertes desproporcionado en la población mayor de 65 años y mucho más en los de 75, siendo lógico pensar que el estado de salud de nuestros mayores, hace que se encuentren en una situación de mayor vulnerabilidad ante el covid-19.

Tras este pequeño análisis de datos de mortalidad, unido a las noticias que se han sucedido durante estos últimos meses de la pandemia sobre mortalidad masiva en centros residenciales de mayores, por encontrarse en estado de abandono y falta de atención de los servicios sanitarios, alegando falta de recursos, saturación, etc. es evidente que se han podido realizar prácticas de priorización a ciudadanos de menor edad de forma accidental, dejando al descubierto a nuestros mayores.

Siendo así, se plantean desde aquí varias cuestiones de gran incidencia constitucional ¿Se ha dejado de llevar a cabo los cuidados de larga duración con total eficacia, según se recoge en el artículo 103 de la CE? ¿Se ha vulnerado el derecho fundamental de igualdad, del artículo 14 de la CE, al no darle el mismo protagonismo de atención a nuestros mayores que el resto de colectivos de la ciudadanía? ¿Se ha vulnerado el derecho a la dignidad de la persona, del artículo 10 de la CE, dejando morir sin atención al sector de la población de mayor vulnerabilidad? ¿Se ha lesionado el derecho a la vida de la tercera edad, según el artículo 15 de la CE?

En conclusión, desde esta breve muestra de datos sobre lo sucedido y el régimen jurídico aportado sobre la obligatoriedad por parte de las Administraciones Públicas de protección a la tercera edad, pocas aclaraciones son necesarias, no obstante, lo que se pretende es dejar en relieve la evidencia de que ciertas prácticas se han llevadas a cabo durante el estado de alarma, priorizando a ciertos sectores de la población en cuanto a su atención sanitaria haciendo invisible las necesidades de nuestros mayores. Desde aquí destacar, que tales prácticas de priorización no han pasado desapercibidas y que han dejado al descubierto derechos fundamentales tan importantes como el derecho a la vida, a la igualdad y a la dignidad de la persona de nuestros mayores. Con todo ello, y aun comprendiendo que hemos vivido unos momentos especialmente excepcionales y graves, hemos de analizar el escenario pasado para poder prevenir situaciones parecidas en el futuro, pues es muy posible que podamos volver a confinarnos en una situación parecida, como consecuencia de rebrotes de la pandemia no aun erradicada. Es evidente que la salud, el bienestar y la vida de nuestros mayores han quedado al descubierto,

siendo necesario recapitular y establecer estrategias de mejora en las actuaciones sanitarias desde las políticas de protección de nuestro Estado, ampliando sus servicios, recursos y la contratación del personal sanitario porque sin lugar a dudas, es necesario mirar atrás para corregir errores y caminar hacia el futuro en pro de la protección de los derechos de todos los ciudadanos y especialmente los más vulnerables, nuestros mayores.

DÉCIMO QUINTA CUESTIÓN

EyCE: *Y en otros sectores del derecho privado, como los relacionados con la actividad negocial, ¿qué consecuencias ha tenido la declaración del estado de alarma y de la situación de la COVID-19, en relación, por ejemplo, con los arrendamientos de locales de negocio?*

Respuesta: Luis Javier Gutiérrez Jerez. Catedrático de Derecho Civil.

Permítanme comenzar con una cuestión que considero principal, en relación a la norma que dispuso la moratoria en el pago, por cuanto ésta, inicialmente, se refería y con exclusividad al arrendamiento de vivienda habitual, si bien en este foro de debate me voy a dirigir a analizar su afectación a los locales de negocio.

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo diseña en España una situación verdaderamente novedosa en la estructura del Estado con unas consecuencias directas en los principales potenciales económicos y sociales de desarrollo y muy particularmente, las que recaen en la posición de los titulares del dominio de inmuebles objeto de contratos de arrendamiento en situación de vigencia al tiempo de la entrada en vigor de las mencionadas disposiciones especiales, diseño ampliado por el Real Decreto 476/2020.

Al mismo tiempo, los Reales Decretos-Ley 6/2020 de 10 de marzo, 7/2020 de 12 de marzo, 8/2020 de 15 de marzo, 9/2020 de 27 de marzo y 10/2020 de 29 de marzo estructuran una serie de medidas especiales ante la situación de crisis, referidas a especiales situaciones que afectan a contratación, cuestiones laborales y de seguridad social, y numerosas cuestiones procesales, administrativas y fiscales.

En el caso que nos ocupa, el arrendamiento de inmuebles, es objeto de pronunciamiento por parte del Gobierno en el Real Decreto-Ley 11/2020 de 31 de marzo, aunque su ámbito objetivo de aplicación es el contrato cuyo objeto sea la vivienda habitual.

Las medidas aprobadas se refieren en particular a:

- 1.- Prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual sujetos a la Ley de Arrendamientos Urbanos en los que el día que finalice el periodo de prórroga obligatoria previsto en el artículo 9 apartado 1º o el periodo de prórroga tácita previsto en el artículo 10 apartado 1º de la Ley de Arrendamientos Urbanos se encuentre dentro del periodo comprendido desde la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 11/2020 hasta el día en que hayan transcurrido dos meses desde la finalización del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Podrá aplicarse, previa solicitud del arrendatario, una prórroga extraordinaria del plazo del contrato de arrendamiento por un periodo máximo de 6 meses, durante los

cuales se seguirán aplicando los términos y condiciones establecidos para el contrato en vigor. Esta solicitud de prórroga extraordinaria deberá ser aceptada por el arrendador, salvo que se fijen otros términos o condiciones por acuerdo entre las partes.

2.- Moratoria de deuda arrendaticia como medio para suavizar los efectos de la crisis generada sobre las personas físicas arrendatarias de una vivienda habitual que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica por causa de la crisis provocada por el COVID-19.

Este aplazamiento de la deuda generada por el impago de las rentas pactadas será automático cuando la parte arrendadora sea una entidad pública de vivienda, o una gran empresa o propietario múltiple de viviendas destinadas al arrendamiento, entendiéndose por tales a las personas físicas o jurídicas que sean titulares de más de diez inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 metros cuadrados, siendo requisito esencial la acreditación de una situación de vulnerabilidad económica.

Para lograr el aplazamiento extraordinario del pago de la renta se precisa solicitud expresa por parte del arrendatario, formalizada en el plazo de un mes desde la entrada en vigor del citado Real Decreto-Ley 11/2020, siempre que el aplazamiento o la condonación total o parcial no se hubiera obtenido en virtud de acuerdo voluntario anterior entre las partes.

La conclusión que se obtiene es suficientemente clara: el ámbito de aplicación de la norma se refiere exclusivamente al contrato de arrendamiento de vivienda como habitual y no a otros supuestos de arrendamiento inmobiliario, y también de forma exclusiva a inquilinos que formen parte de colectivos vulnerables y no existe en la Ley 29/1994 de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos ninguna excepción normativa que contemple los efectos relativos a moratoria o condonación de rentas ante situaciones especiales, por lo que debemos someternos al estricto criterio y reducido ámbito de aplicación de las normas excepcionales que han sido dictadas por el Gobierno con carácter excepcional.

Al tratarse de normas especiales, o especialísimas, a la vista de su motivación, la interpretación debe realizarse también de forma excepcional y restrictiva tal y como nuestra Jurisprudencia ha declarado de forma constante y reiterada, especialmente en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2020.

Este problema fue suficientemente preocupante como para que amplios sectores jurídicos coincidieran en lo inadecuado de la solución legislativa que dejaba literalmente fuera de soluciones jurídico-patrimoniales a los pequeños y medianos empresarios y autónomos que tuvieran arrendado un local de negocio, lo que motivó la promulgación, más de un mes después, del Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo en el que se adaptaban soluciones para estos arrendamientos, situados sin duda en el epicentro de la tormenta perfecta generada por causa de la pandemia: Real Decreto-Ley 11/2020 de 31 de marzo *versus* Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril.

Del análisis conjunto del contenido del Real Decreto 463/2020 y el Real Decreto-Ley 11/2020, podemos concluir de forma preliminar dos consecuencias de la acción del legislador, y es que, las excepcionales medidas de suspensión de plazos y moratoria de rentas no fueron aplicables en un principio al contrato de arrendamiento de locales de negocio:

En primer lugar, cuando la Disposición Adicional 4ª establece la suspensión de plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos, mientras dure

el estado de alarma, tal suspensión no puede afectar a los plazos civiles convencionales fijados en contratos vigentes, sobre todo a la vista del contenido imperativo del artículo 5 apartado 2º del Código civil, referido a la integridad de dichos plazos en los que no se excluirán los días inhábiles.

En este sentido, resulta FUNDAMENTAL la interpretación que realiza el Consejo General del Notariado en su Circular nº 2/2020, de 18 de marzo, cuando en el apartado segundo/D/ regla 1 dispone expresamente que <<...El notario habrá de ponderar la urgencia con especial atención a las necesidades que lo motivan y su naturaleza inaplazable, tomando como pauta los siguientes criterios: 1) Vencimiento próximo de plazos convencionales: el estado de alarma ha supuesto la suspensión de los plazos legales de prescripción y caducidad. Pero no se han suspendido con carácter general los plazos convencionales.>>

Este aspecto es importante puesto que incluso cuando en un pacto o estipulación civil se hiciere referencia a días “hábiles”, a la vista del contenido imperativo del artículo 5 apartado 2º del Código civil, (referido a la integridad de dichos plazos en los que no se excluirán los días inhábiles), si dicho plazo es el estructural para el ejercicio del derecho constituido por las partes se entenderá tal referencia como no hecha, habida cuenta del mencionado carácter imperativo del citado precepto que actúa como supletorio-complementario de las disposiciones especiales en el ámbito procesal y administrativo, lo que a nuestro juicio queda suficientemente aclarado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2007

Por tanto, salvo en aquellos casos en los que se haya pactado expresamente una modificación que conste fehacientemente en virtud de mutuo acuerdo del dueño del local de negocio y el arrendatario, las obligaciones contractuales deben continuar en su fase ordinaria y pacífica de cumplimiento, dentro de los plazos pactados.

En segundo lugar, el ámbito de aplicación de la eventual moratoria en el pago de rentas se refiere, afortunadamente, tanto al contrato de arrendamiento de vivienda habitual como al arrendamiento de locales de negocio, con arrendatarios que formen parte de colectivos vulnerables sin que se haya modificado la Ley 29/1994 de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos con ninguna excepción normativa que contemple los efectos relativos a moratoria o condonación de rentas ante situaciones especiales

En este sentido, el artículo 1 del citado Real Decreto Ley 15/2020 dispone que la persona física o jurídica arrendataria de un contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda de conformidad con lo previsto en el artículo 3 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, o de industria, que cumpla los requisitos previstos en el artículo 3, podrá solicitar de la persona arrendadora, cuando esta sea una empresa o entidad pública de vivienda, o un gran tenedor, entendiéndose por tal la persona física o jurídica que sea titular de más de 10 inmuebles urbanos, excluyendo garajes y trasteros, o una superficie construida de más de 1.500 m², en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de este real decreto-ley, la moratoria establecida en el apartado 2 de este artículo, que deberá ser aceptada por el arrendador siempre que no se hubiera alcanzado ya un acuerdo entre ambas partes de moratoria o reducción de la renta.

Esta moratoria en el pago de la renta arrendaticia que se declara en el citado artículo se aplicará de manera automática y afectará al periodo de tiempo que dure el estado de alarma y sus prórrogas y a las mensualidades siguientes, prorrogables una a una, si aquel plazo fuera insuficiente en relación con el impacto provocado por el COVID-19, sin que puedan superarse, en ningún caso, los cuatro meses. Dicha renta se

aplazará, sin penalización ni devengo de intereses, a partir de la siguiente mensualidad de renta arrendaticia, mediante el fraccionamiento de las cuotas en un plazo de dos años, que se contarán a partir del momento en el que se supere la situación aludida anteriormente, o a partir de la finalización del plazo de los cuatro meses antes citado, y siempre dentro del plazo de vigencia del contrato de arrendamiento o cualquiera de sus prórrogas.

Pero también se declaran los especiales efectos de suspensión cuando se trate de arrendamientos para uso distinto del de vivienda sin ser “grandes tenedores de inmuebles”, ya que la persona física o jurídica arrendataria de un contrato de arrendamiento para uso distinto del de vivienda de conformidad con lo previsto en el artículo 3 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, o de industria, cuyo arrendador sea distinto de los definidos en el artículo 1.1, y cumpla los requisitos previstos en el artículo 3, podrá solicitar de la persona arrendadora, en el plazo de un mes, desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley el aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta siempre que dicho aplazamiento o una rebaja de la renta no se hubiera acordado por ambas partes con carácter voluntario.

Se establecen legalmente por el artículo 3 del Real Decreto Ley 15/200 los requisitos que deben ser exigidos en cada caso (situación especial, vulnerable, suspensión de actividad y alta activada como empresario) y se dispone en el artículo 5 un efecto importante en materia de responsabilidad para el caso en que los arrendatarios que se hayan beneficiado del aplazamiento temporal y extraordinario en el pago de la renta sin reunir los requisitos legalmente exigibles, serán responsables de los daños y perjuicios que se hayan podido producir, así como de todos los gastos generados por la aplicación de estas medidas excepcionales, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden a que la conducta de los mismos pudiera dar lugar.

DÉCIMO SEXTA CUESTIÓN

EyCE: *Conversando ahora con los compañeros de Derecho Mercantil, y ante la más que previsible crisis económica derivada del impacto de al COVID-19, ¿qué medidas ha adoptado el Gobierno de la Nación para proteger a las personas físicas y jurídicas que no puedan hacer frente al pago de sus obligaciones?*

Respuesta: Arturo García Sanz, Profesor Contratado Doctor de Derecho mercantil.

El 29 de abril de 2020 se publicó en el BOE el Real 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 Justicia¹⁷.

En la Exposición de Motivos de esta norma se señala que la crisis sanitaria del COVID-19 constituye un obstáculo adicional a la viabilidad de las empresas concursadas que puede determinar, bien la imposibilidad de suscribir o cumplir un convenio, abocando a las empresas a la liquidación, o bien una mayor dificultad de enajenar una unidad productiva que pudiera resultar viable. Para hacer frente a estos problemas se incluyen en su Capítulo II medidas en el ámbito concursal y societario. Estas medidas tienen una triple finalidad:

¹⁷ Su entrada en vigor tiene lugar el 30 de abril de 2020.

- 1ª) Mantener la continuidad económica de las empresas, profesionales y autónomos que, con anterioridad a la entrada en vigor del estado de alarma, venían cumpliendo regularmente las obligaciones derivadas de un convenio, de un acuerdo extrajudicial de pagos o de un acuerdo de refinanciación homologado. Respecto de estos deudores, se aplaza el deber de solicitar la apertura de la fase de liquidación cuando, durante la vigencia del convenio, el deudor conozca la imposibilidad de cumplir los pagos comprometidos y las obligaciones contraídas con posterioridad a la aprobación de aquél; así mismo, se facilita la modificación del convenio¹⁸ o del acuerdo extrajudicial o del acuerdo de refinanciación homologado. Respecto de estos últimos se permite además la presentación de nueva solicitud sin necesidad de que transcurra un año desde la presentación de la anterior.
- 2ª) Potenciar e incentivar la financiación de las empresas para atender sus necesidades transitorias de liquidez, calificando como créditos contra la masa, llegado el caso de la liquidación, los créditos derivados de compromisos de financiación o de prestación de garantías a cargo de terceros, incluidas las personas especialmente relacionadas con el concursado, que figuraran en la propuesta de convenio o en la propuesta de modificación del ya aprobado por el Juez. Por lo tanto, estos créditos no se integrarán en la masa pasiva (no incrementarán el pasivo del concurso), no requiriendo comunicación ni reconocimiento (les deben constar suficientemente a la administración concursal) y no serán objeto de clasificación. Éstos se satisfarán con preferencia a los créditos concursales y, en principio, inmediatamente a su respectivo devengo o vencimiento (si son cuotas, rentas u otras obligaciones de generación temporal sucesiva derivadas de obligaciones legales o de relaciones obligatorias de tracto sucesivo). Sus titulares no se integrarán en la Junta de acreedores, no votarán las propuestas de convenio ni podrán quedar afectados por su contenido. En definitiva, estos créditos constituirán un coste del propio procedimiento, cuya satisfacción se hará, usualmente, en perjuicio de créditos concursales, en cuanto necesariamente disminuirán el activo o haber disponible para su pago, pero quedan al margen de la organización colectiva de créditos que el concurso supone. En este mismo sentido, con el fin de facilitar el crédito y la liquidez de la empresa, se califican como ordinarios los créditos de las personas especialmente vinculadas con el deudor en los concursos que pudieran declararse dentro de los dos años siguientes a la declaración del estado de alarma.
- 3ª) Para evitar el previsible aumento de litigiosidad en relación con la tramitación de concursos de acreedores en los Juzgados de lo Mercantil y de Primera Instancia, se establecen una serie de normas de agilización del proceso concursal, como la confesión de la insolvencia, la tramitación preferente de determinadas actuaciones tendentes a la protección de los

¹⁸ A la solicitud de modificación del convenio concursal hay que acompañar una relación de los créditos concursales que estuvieran pendientes de pago y de aquellos que, habiendo sido contraídos durante el periodo de cumplimiento del convenio no hubieran sido satisfechos, un plan de viabilidad y un plan de pagos.

derechos de los trabajadores, a mantener la continuidad de la empresa y a conservar el valor de bienes y derechos, así como la simplificación de determinados actos e incidentes (subastas¹⁹, impugnación de inventario y listas de acreedores²⁰ o aprobación de planes de liquidación²¹).

Finalmente, dentro de este Capítulo II se establecen dos normas que tratan de atenuar temporal y excepcionalmente las consecuencias que tendría la aplicación en la actual situación de las normas generales sobre disolución de sociedades de capital y sobre declaración de concurso, de modo tal que se permita a las empresas ganar tiempo para reestructurar su deuda, conseguir liquidez y compensar pérdidas, ya sea por la recuperación de su actividad ordinaria o por el acceso al crédito o a las ayudas públicas. De esta forma, se amplía la suspensión del deber de solicitar la declaración de concurso de acreedores hasta el 31 de diciembre de 2020 y se prevé que a los efectos de la causa legal de liquidación por pérdidas no se computen las del presente ejercicio²².

Al hilo de lo anterior, en la disposición derogatoria se deroga el artículo 43 de Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, que establecía la suspensión del deber de solicitar el concurso durante la vigencia del estado de alarma y preveía que los jueces no admitirían a trámite solicitudes de concurso necesario hasta transcurridos dos meses desde la finalización de dicho estado.

En definitiva, se trata de evitar que el escenario posterior a la superación de la crisis del COVID-19 nos lleve a declaraciones de concurso o apertura de la fase de liquidación respecto de empresas que podrían ser viables en condiciones generales de mercado (valor de funcionamiento superior al valor de liquidación), con la consiguiente destrucción del tejido productivo y puestos de trabajo.

DÉCIMO SÉPTIMA CUESTIÓN

***EyCE:** Compartiendo ahora este foro de debate con nuestras compañeras politólogas y sociólogas, y conversando ahora con las compañeras de Ciencia Política, les preguntamos precisamente por uno de los campos que más trabajan en nuestra*

¹⁹ En los concursos de acreedores que se declaren dentro del año siguiente a la declaración del estado de alarma y en los que se encuentre en tramitación a dicha fecha, la subasta de bienes y derechos de la masa activa deberá ser extrajudicial, incluso aunque el plan de liquidación estableciera otra cosa, a excepción de la enajenación del conjunto de la empresa o de una o varias unidades productivas, que podrá realizarse bien mediante subasta, judicial o extrajudicial, bien mediante cualquier otro modo de realización autorizado por el juez de entre los previstos en la Ley Concursal (art. 15.1 y 2).

²⁰ En los concursos de acreedores en los que la administración concursal aún no hubiera presentado el inventario provisional y la lista provisional de acreedores y en los que se declaren dentro de los dos años a contar desde la declaración del estado de alarma, en los incidentes que se incoen para resolver las impugnaciones del inventario y de la lista de acreedores, los únicos medios de prueba admisibles serán las documentales y las periciales, sin que sea necesaria la celebración de vista salvo que el juez del concurso resuelva otra cosa (art. 13.1).

²¹ Cuando a la finalización del estado de alarma hubieran transcurrido quince días desde que el plan de liquidación hubiera quedado de manifiesto en la oficina del juzgado, el juez deberá dictar auto de inmediato, en el que, según estime conveniente para el interés del concurso, aprobará el plan de liquidación, introducirá en él las modificaciones que estime necesarias u oportunas o acordará la liquidación conforme a las reglas legales supletorias (art. 16.1).

²² El art. 363 de la Ley de Sociedades de Capital establece en su apartado e) que la sociedad de capital se disolverá por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto contable a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso.

Universidad, que es la simbiosis políticas públicas e igualdad de género. ¿Qué políticas públicas de igualdad de género pueden plantearse en una situación tan excepcional y de incertidumbre como ésta? ¿Tenemos que pensar en nuevos escenarios, reproducir viejos problemas?

Respuesta: Belén Blázquez Vilaplana. Profesora titular de Ciencia Política.

Para algunas personas el período de confinamiento que se decretó el 15 de marzo de 2020 y la situación de incertidumbre que se ha presentado después ha podido dar lugar a un *impass* obligatorio en su actividad profesional. El encierro que ha supuesto la crisis sanitaria desencadenada a partir de la COVID-19, ha conllevado que muchos trabajos no pudieran seguir realizándose, que se bajaran los ritmos de producción o que directamente tuvieran que decretarse cierres de empresas y negocios. Sin embargo, esta misma lógica no se ha trasladado para aquellas personas que trabajamos en la Universidad. El personal docente e investigador ha visto incrementada su actividad de manera exponencial durante estos meses. En algunos casos, porque la docencia no podía pararse y había que ir adaptando las antiguas clases magistrales, o las no tan antiguas clases presenciales, a un formato frío y muchas veces desconocido como eran aquellos que tenían como medio preferente las video-conferencias y las pantallas de un ordenador. En otros, porque había que seguir con proyectos ya comenzados, con publicaciones previstas, con evaluaciones de artículos, etc. En definitiva, teníamos que dotar de “normalidad” en un escenario sumamente desconocido, al quehacer universitario y todo lo que aquel conllevaba más allá de la docencia. Sin olvidar, en ningún momento, las repercusiones que lo que estaba pasando iba a tener en nuestras investigaciones en curso o en aquellos temas que podrían necesitar entrar en nuestras agendas en los próximos meses. Parar no ha sido una opción, pero, detenernos en cuál va a ser el futuro que se nos presenta en nuestras áreas de conocimiento para la docencia e investigación es una necesidad que va a condicionar qué podremos y qué deberemos hacer en los próximos e inciertos tiempos. Este es el objetivo último de estas páginas, pensar y abrir espacios de debate sobre qué es y que será la Ciencia Política y de la Administración en la era del coronavirus porque, hablar de la época del post coronavirus se nos presenta como una posibilidad cada vez más lejana. Como nos han repetido hasta la saciedad esta nueva situación viene para quedarse y tendremos que adaptarnos a nuevas realidades si queremos que la Universidad y la comunidad universitaria estén a la altura de la mencionada “nueva normalidad”.

Desde que entramos en el llamado estado de alarma, se han sucedido múltiples interrogantes a los cuales se han buscado respuestas desde distintas áreas de conocimiento. La comunidad académica se ha unido en la necesidad de encontrar certezas que pudieran dar cierta seguridad a las demandas ciudadanas. En esta vorágine de cambios y adaptaciones académicas, a la Ciencia Política y de la Administración se le han desplegado numerosos frentes de actuación que, a su vez, han permitido que se puedan exponer y abrir a debate las aportaciones desde este área. La cual, no podemos dejar de recordarlo, hasta no hace mucho tiempo ha sido una de las grandes desconocidas dentro de las Ciencias Sociales y Jurídicas en España. Sin entrar en muchos detalles, lo cierto es que la crisis derivada del coronavirus ha facilitado dar a conocer las múltiples aristas y posibilidades de análisis más allá de los estudios sobre el poder y/o de los partidos políticos de esta Ciencia. De este modo, y sin ánimo de ser exhaustivos, podemos referir cómo se han puesto en marcha trabajos en temas que

entrarían dentro de la comunicación política o en relación a cómo iba a actuar la ciudadanía de cara a las próximas citas electorales, es decir, de comportamiento electoral. Sin dejar de lado y mencionar las investigaciones sobre el siempre complejo mundo de la teoría política o de aquellas que desde la perspectiva comparada han intentado explicar qué estaba ocurriendo en otros países de nuestro entorno. Entre todas estas opciones, hemos considerado que debíamos en estas páginas centrar nuestra atención en el sub-área de análisis de las políticas públicas por cuanto, entendemos que la misma se ha erigido en un actor de observación privilegiado dentro y fuera de la academia. Los politólogos y politólogas se han convertido, de este modo, en un engranaje más de esa maquinaria científica que ha intentado explicar y dotar de sentido a las razones o sin razones de las acciones gubernamentales. Pero, sobre todo, de dar cierta esperanza de que las “cosas se estaban haciendo bien” y aportar herramientas que permitieran comprender qué se estaba implementando y por qué de este modo y no de otro, en una situación de enorme crispación social y política. Intentar explicar cómo y por qué se han tomado unas decisiones y no las contrarias; qué estrategias había detrás de ellas y quiénes eran los que posibilitaban que los temas entraran o no en las agendas gubernamentales; cuándo había que ejecutar unas medidas o no hacer nada, entre otras cuestiones, han sido temas recurrentes en los artículos, las apariciones públicas, las conferencias, los webinars, etc. Todas ellas opciones que se han escogido para acercar a la población un conocimiento que en otras circunstancias se hubiera quedado dentro de las aulas universitarias y las revistas especializadas. El encierro ha ayudado a impulsar lo que podríamos denominar “la democratización” de los espacios del saber.

Pero, además, creemos necesario que este análisis de políticas públicas sea realizado con perspectiva de género. Por cuanto, hacerlo de otro modo, imposibilita interpretar muchas de las opciones asociadas a temas de investigación que ya estaban en nuestras agendas pero que, en estos momentos, cobran un especial interés. En este sentido, las políticas públicas de igualdad de género han vuelto a ocupar un lugar central en muchos de los debates que se han generado en torno a las consecuencias que la pandemia tendrá en nuestras vidas a corto, medio y largo plazo. Entendiendo estas políticas como aquellas que buscan que mujeres y hombres tengan las mismas libertades, derechos y no sólo deberes, en la vida política, social y económica. Añadir esta categoría analítica al campo de conocimiento de las políticas públicas permite contar con elementos de referencia para entender por qué sigue imperando la desigualdad entre mujeres y hombres en sociedades donde aparentemente existe una igualdad formal. Ello, porque los avances que se han ido consiguiendo y plasmando en distintas legislaciones, planes y actuaciones gubernamentales, no han sido capaces de romper con históricas estructuras patriarcales donde se han mantenido roles y estereotipos que han perpetuado, entre otras cuestiones, la invisibilización del papel de las mujeres como creadoras del conocimiento o la subordinación y dependencia jerarquizada a favor de los hombres en los espacios de poder. Analizar con perspectiva de género la realidad que empezó a dibujarse en el mes de marzo de 2020, nos aporta una visión crítica imprescindible para entender cómo la crisis derivada de las repercusiones del coronavirus va a impactar de manera distinta en hombres y en mujeres. No hacerlo, supondría un retroceso en aquellos derechos que tantos siglos han costado conseguir y consolidar y, sobre todo, errar al no situar el foco de atención donde realmente es necesario para buscar políticas públicas que permitan superar las desigualdades producidas por los problemas actuales en una triple vertiente, social, económica y sanitaria.

Cuatro han sido los temas centrales que han ocupado la mayor parte de los análisis que en cuestiones relacionadas con las políticas de igualdad se han empezado a realizar en estos meses. Todos ellos focalizando su objeto de investigación en los posibles efectos que la situación a la que nos estamos enfrentando va a tener en las mujeres, en comparativa con los hombres, a saber:

- 1.- Sobrecarga de trabajo sanitario y de servicios.
- 2.- Aumento de la responsabilidad en las tareas de cuidado y del hogar.
- 3.- Mayor precariedad laboral y, por ende, mayores niveles de pobreza.
- 4.- Incremento del riesgo de sufrir violencia de género.

Aunque nos vamos a detener con mayor profundidad en el punto número 4, el que hace referencia a la violencia de género, no podemos ni queremos dejar de recordar algunos datos que nos permitan situar la realidad de las circunstancias a la que tendremos que hacer frente, tanto fuera como dentro de la academia. Ello, porque a pesar de que puedan entenderse como fenómenos aislados, lo cierto es que los cuatro puntos mencionados están estrechamente conectados entre sí. Referirlos es poner sobre la mesa la existencia de un bloque de problemas no resueltos que mantienen el débil y difícil equilibrio de muchos hogares en España. En este sentido, los datos nos muestran cómo han sido mujeres las que han estado mayoritariamente en primera línea a la hora de enfrentarse al virus, ya sea como enfermeras, limpiadoras, celadoras, cajeras o personal de las residencias de mayores y personas dependientes, por citar algunas de las profesiones que se pueden declinar en femenino. Por tanto, ellas han desempeñado muchos de esos servicios esenciales que han permitido que el país no se colapsara. Pero, sobre todo, han sido las que se han ocupado de aquellos que están peor remunerados y con menor visibilidad y prestigio social, así como con mayor posibilidad de contagio y de exposición al virus. Mujeres las que han sostenido esas manos de nuestros mayores para que no se sintieran en soledad en los peores momentos del confinamiento; las que han cosido mascarillas cuando no había recursos disponibles para los y las sanitarios/as o las que han mantenido limpios los hospitales sobreponiéndose al miedo de la incertidumbre de lo desconocido. No quiere ello decir que no se tenga que valorar el trabajo de los hombres en servicios esenciales porque, en honor a la verdad, también los ha habido y fundamentales para sostener el funcionamiento del Estado, pero la feminización de estas profesiones de cuidado hace que deba ponerse en valor su aportación al mantenimiento de cierto orden dentro del caos en el que nos hemos encontrado durante estos meses. La pandemia mundial ha ayudado a visibilizar el papel de acciones que no se contabilizaban y a las que normalmente no se le daba importancia: ¿cuánto cuesta a precio de mercado un abrazo?

Además, dentro de las casas también las mujeres se han ocupado en mayor proporción de las tareas de cuidado en un sentido amplio de la palabra. Muchas, compaginando un mal entendido teletrabajo con funciones docentes y sanitarias, a costa de sacrificar horas de sueño y aumentar la sobrecarga de trabajo y los problemas de salud. Algunos primeros análisis que se han venido realizando sobre estos temas, han dejado al descubierto cuestiones que no podemos obviar y sobre las que tendremos que profundizar en los próximos meses. Así, en muchas familias, aquellas que no son monoparentales, las tareas han seguido reproduciendo viejos roles y los datos no son significativamente diferentes a los que eran antes del encierro. Tal vez, nos ha llamado la atención que sean en este caso los hombres los que han querido salir – cuando era necesario – a hacer la compra o a pasear a las mascotas. Una forma de mantener los roles de sostenedores de los núcleos familiares y de escapar de la rutina y la reclusión

que suponían las paredes físicas del hogar. Mucho más desalentadores los números sobre las consecuencias físicas, económicas y psicológicas en los domicilios donde “la jefa” del clan era una mujer o entre aquellas numerosas viviendas donde habitaban mujeres mayores solas. El confinamiento ha situado de nuevo, en la agenda, la terrible soledad a la que se enfrentan nuestros/as mayores y “las penosas” bases de nuestro Estado del Bienestar. La ausencia de escuelas y de los abuelos y abuelas han puesto al descubierto cuáles son los recursos reales que sustentan la conciliación. En la mayoría de los casos, el vacío absoluto y de ahí el miedo a qué va a pasar cuando comience el próximo curso escolar: ¿Cuánto cuesta a precio de mercado una mañana en el colegio y un familiar esperando a la salida del mismo?

Con relación a la precarización y la salida laboral de las mujeres, estas tradicionalmente han venido desempeñando aquellos trabajos que estaban relacionados con sectores que han sufrido y están sufriendo de manera directa los efectos de la crisis. Por ejemplo, la falta de turistas este verano está teniendo una repercusión directa en los servicios y la hostelería. Con los hoteles cerrados o a medio gas y los bares y restaurantes casi vacíos, muchas son las mujeres que o están en un ERTE o directamente en las listas del paro. Eso sin mencionar qué está pasando con las trabajadoras del hogar, con las mujeres que desempeñan trabajos en el sector informal o con las inmigrantes que han venido a trabajar, por ejemplo, en la recolección de las fresas en Huelva. Los diagnósticos de la situación que se realicen tendrán que intentar no dejar a nadie en el camino y para ello será imprescindible un acercamiento a través de un enfoque que recoja la interseccionalidad que reflejan las realidades de estas mujeres. En caso contrario, las políticas públicas de igualdad que implementemos volverán a quedar en un pliego de buenas intenciones: ¿Cuánto cuesta a precio de mercado ser reconocida como mujer “no hegemónica”?

Por último, queremos centrarnos con un poco más de profundidad en los problemas asociados a la pandemia que han producido un incremento de la violencia de género. El encierro con el agresor ha impedido que muchas mujeres tuvieran durante estos meses una mínima posibilidad para salir de la situación de violencia en la que se encontraban. A veces solas, otras muchas con sus hijos e hijas. El mayor tiempo de convivencia, la situación de control total sobre la víctima, la mayor dificultad para acudir a los recursos de asistencia y la invisibilidad por el encierro, han aumentado las denuncias, según estimaciones de los primeros datos conocidos. En este sentido, hay que referirse al incremento del número de llamadas para denunciar estos casos al 016, sin mencionar - porque desgraciadamente es una cifra que varía al alza- los asesinatos que por esta causa se han seguido produciendo. Esto conllevó que se pusieran en marcha distintas iniciativas que buscaban dar voz a los silencios forzados por el estado de alarma. El Consejo de Ministras aprobó un plan de contingencia para luchar contra la violencia de género que recogía entre sus principales medidas el declarar como esenciales todos aquellos servicios relacionados con la asistencia integral a estas víctimas. De este modo, los mismos, a pesar de la situación de confinamiento, no pudieron quedar desatendidos. Entre ellos, los servicios de información 24 horas; la respuesta de emergencia y acogida a las víctimas en situación de riesgo - incluidas las mujeres que precisaban abandonar el domicilio para garantizar su protección-; el normal funcionamiento de los centros de emergencia, acogida, pisos tutelados, y alojamientos seguros para víctimas de explotación sexual y trata; y la asistencia psicológica, jurídica y social a las víctimas de manera no presencial - telefónica o por otros canales-. Así mismo, se aprobó la opción de enviar un mensaje de alerta con geolocalización para

avisar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, a través de la app ALERTCOPS y se publicó una guía para actuar. En algunas Comunidades Autónomas, entre las que estaba Andalucía, se puso en marcha una iniciativa en colaboración con las farmacias con la clave “mascarilla 19”. Cualquier mujer que acudiera a este tipo de establecimientos y pidiera una “mascarilla 19” daría lugar a una llamada al 112 por parte del personal que la atendiese que, a su vez, permitiría, la puesta en marcha del protocolo de actuación por violencia de género. Aún es pronto para conocer los efectos reales de estas medidas y, sobre todo, para visibilizar todos aquellos casos que durante estos meses han estado ocultados. Será difícil cuantificar cuánto miedo han tenido aquellas mujeres que se han visto obligadas a convivir con su agresor, pero sí estamos a tiempo para seguir implementando medidas que permitan paliar lo que aún puede estar por venir: ¿Cuánto vale a precio de mercado la vida de una mujer?

Desgraciadamente no es un fenómeno que sólo suceda en España, tal y como Naciones Unidas ha venido denunciando, y como han puesto de relieve distintos estudios que han analizado la situación de vulnerabilidad de las mujeres en escenarios de alarma humanitaria y salud pública. Nos encontramos ante un problema, por tanto, de salud pública global y ante una clara violación de los derechos humanos de las mujeres y de sus hijos e hijas. En este sentido, no queremos terminar estas reflexiones sin mostrar la necesidad de no dejar en el olvido otros casos de violencia hacia estas que, aunque no responden a lo que según la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, podría entenderse por este tipo de violencia en territorio español, sí lo sería conforme al Pacto de Estado de 2017. El cual sigue las indicaciones del Convenio de Estambul firmado y ratificado por España en el año 2014. Nos estamos refiriendo a la mutilación genital femenina, a la trata de personas con fines de explotación sexual, a los matrimonios forzados o a la violencia sexual. Consideramos que se debe instar a los poderes públicos a que se siga trabajando en la aprobación e implementación de medidas que luchen por su erradicación o, cuanto menos, por su persecución y tipificación penal. La crisis originada por el COVID-19 no puede ser una excusa para sacarlos de la agenda pública gubernamental y, como en otras ocasiones, quedar relegados a un segundo plano. Hay que darle voz a esas mujeres a través de políticas públicas que rompan con la situación de discriminación en la que se encuentran y las sitúen en el mismo plano de igualdad que el resto de la población.

Llegados a este punto, no podemos obviar que el escenario que se nos abre en los próximos meses está lleno de incertidumbre. Tenemos dos grandes opciones, o meter la cabeza bajo tierra y seguir trabajando como si no hubiera pasado nada y, por tanto, haciendo caso omiso a los nuevos retos que se nos están planteando o aceptar la crisis como una oportunidad para reinventarnos e intentar dar respuestas desde nuestras distintas áreas de conocimiento a las demandas y necesidades de la ciudadanía. Qué decidamos, definirá nuestras agendas de investigación y nuestra aportación al futuro de la Universidad. Mientras, como decía Queen: “Show must go on”.

DÉCIMO OCTAVA CUESTIÓN

EyCE: *Seguimos con nuestras compañeras politólogas, preguntándole que diserte, con carácter general, sobre cuáles serían las consecuencias sociales de una pandemia como la que vivimos, quizá entre la nostalgia y la distopía.*

Respuesta: Teresa T. Rodríguez Molina. Profesora de Ciencia Política.

La realidad de la cuestión planteada es, diría, inabarcable. Pero permítanme dialogar con ella realizando para ello un esbozo sociológico-reflexivo, acrisolado desde la teórica crítica y articulado por una argumentación provocadora, para profundizar en el debate sobre el cambio social trascendental en el que nos encontramos inmersos, señalizado ahora, a modo de vértice geodésico, por la pandemia de la Covid-19.

Cuestionar el ordenamiento del mundo, dialogar con la realidad, reflexionar sobre ella, es ya un inicio de un pensamiento crítico (Sloterdijk, 2010). Es extremadamente difícil poner en movimiento el torrente de ideas, al tiempo que se empujan en una dirección valiosa. Estamos necesitados de ella. Para la reflexión, es lo único que nos puede ayudar. Urge reflexionar.

La Covid-19 ha venido a suspender el mundo, desvelando los cambios radicales operados en el espíritu de nuestra época. De la noche a la mañana, además, el decorado cotidiano de nuestras vidas se ha venido abajo, pasando de la utopía a la distopía, de disfrutar de las ventajas y abundancias del mejor de los mundos posibles, fuente de gratificaciones, a experimentar, confinados, una pesadilla pandémica: preservarse, mediante el aislamiento.

Continuamos en ella. No hemos despertado aún. No sabemos cuándo despertaremos, ¿cómo lo haremos?, ¿cómo será la realidad a la que regresaremos? Como Ulises, de nuevo, ni siquiera sabemos si hay un regreso posible. La situación presenta un peligroso cuadro de nostalgia. ¿Utopía o distopía? De nuevo, Heracles, en la encrucijada, no sabe qué camino tomar. ¿Salud o economía? Como sociedad, no es la primera vez que nos hacemos esa misma pregunta. No parece que hayamos aprendido mucho. Como respuesta, seguimos atascados en las disyuntivas; excluyentes, por definición.

Cuando un médico examina a personas cuyos síntomas son contradictorios e incomprensibles, lo primero que hace es dejar que sus pensamientos vaguen de un lado a otro, intentando recordar, a la luz de los conocimientos que ha adquirido hasta ese momento, qué tipos de explicación son posibles en tales casos (Elías, 2000, p. 94)

¿Entrarán en los mapas de lo utópico? ¿Se asentarán en el territorio de la distopía? Esta impensada pandemia, en concreto, sus consecuencias, ¿qué acomodo tendrán en la estructura cambiante de las sociedades, cuya historia, tal y como transcurre, en realidad, es a lo largo de los siglos? Otras epidemias-pandemias han ocurrido.

Otros lugares fueron cerrados, cada uno de los cuales, exactamente igual que ahora, estaba conformado por un cúmulo de personas que miraban desde “dentro” a un mundo que se encontraba “fuera”. En una pandemia, en una epidemia, en cualquier forma de asedio, ese “fuera” es el tiempo futuro. No estamos ahora mismo ahí. Nuestras formas de vida y nuestro mundo ordinario continúan bloqueados. Seguimos sitiados por un ser vivo microscópico que, para expandirse, una vez más, no tiene mejor cómplice que nuestra propia organización social.

Como ya sabemos por la historia de Ulises, no hay regreso posible. Esa es la mirada que atraviesa la cultura occidental y todavía no lo hemos aprendido bien: volver es un verbo con trampa. “Arrojados de los espacios públicos al interior de nuestras casas, hemos descubierto que la normalidad era una aberración, que el desastre cesa, cuando cesa la economía. Hemos visto cómo el comunismo chino encierra a sus ciudadanos por el bien de la sociedad y, en las democracias occidentales, el darwinismo

liberal nos encierra por el bien del individuo” (Pablo, 2020). Hemos visto... ¿a qué quedamos reducidos sin lo cotidiano?

¿Qué nos enseña *La peste*, de Camus? Mucho antes y después, otras: ¿el *Decamerón*, de Boccaccio, *Los novios*, de Manzoni; de Poe, *La máscara de la muerte roja*; *La montaña mágica*, de Mann; *El húsar en el tejado*, de Giono; *El quadern gris*, de Josep Pla; de García Márquez, *El amor en los tiempos del cólera*; *El ensayo sobre la ceguera*, de Saramago, o *Peste y Cólera*, de Deville?

Las peores epidemias no son biológicas sino morales. Son muchas voces, muchas páginas advirtiéndolo, confirmándolo, incidiendo en ello. Extraña enunciación que toca aprender, por ahora, solos. Otra vez solos. Las autoridades y los profesionales parecen estar a otras cosas. Están en otra cosa: ¿en la eficacia?, tal vez. Seguro que no en la moralidad. No tienen competencia ahí, dirían.

Según Lyon (2009), se supone que la legitimación de la autoridad ya no es religiosa, sino científica, pero la verdadera piedra de toque es instrumental, pragmática: ¿funciona?, ¿es eficiente? “Prudencia”, “conveniencia”, “eficiencia”, para el pragmatismo, son términos que describen ajustes a las circunstancias, rutinarios y no controvertidos. Los inventamos cuando no podemos hacer lo que hacemos naturalmente, cuando la rutina ya no sirve, cuando el hábito y la costumbre ya no bastan” (Rorty, 1997, p. 79).

No bastarán, según Rorty (1997) “cuando las necesidades del individuo choquen con las de su familia, o las de su familia con las de sus vecinos, o cuando la presión económica comience a dividir a su comunidad en clases enfrentadas o cuando esa comunidad tenga que entrar en contacto con una comunidad extraña” (p. 79). No hay distinción de clase entre lo que es útil y lo que es correcto. No hay dialogo posible. No hay entendimiento posible cuando el saber experto asume el control de lo cotidiano.

Lo advirtió Baudrillard (2005): “estamos inclinados a pensar de la cultura en sentido extenso, como un mecanismo contra la atrocidad, un esfuerzo por introducir y mantener un orden; como una guerra continuada contra la aleatoriedad y el caos que la aleatoriedad produce. La cultura está al lado del orden” (p. 165).

Thomas Khun (2013) diría que el discurso cultural tiene hoy en día todos los síntomas de la crisis del paradigma. No trascienden las advertencias lanzadas por el mundo experto. No pasan la frontera de la subjetividad que conduce a lo cotidiano. Cumplir las normas no nos hace más libres ni que nos encierren en el interior de nuestras casas nos la roba. Con internet como dominio, abiertos a lo lúdico desde el sofá, hasta sucede a ratos, haciéndole un guiño a Buñuel, olvidarnos de la razón por la que no se debe salir.

Exceptuando esos restos de lo utópico, un confinamiento y una pandemia resultan distópicos. Antes de la Covid-19, caer en la monotonía era lo distópico, cómo dejábamos pasar los días, sin otra escapatoria que la programada para los fines de semana y las vacaciones, empezaba a ser distópico como patrón repetitivo.

La rutina y el aburrimiento son los dos grandes espacios distópicos de la modernidad y lo siguen siendo en nuestro tiempo tardomoderno. Se expanden por todo y vamos adquiriendo ese carácter apático que provoca la indiferencia. Junto a la brutalidad, la indiferencia; Allí donde anida, reside el fracaso y la muerte de la civilización. ¡Bienvenidos al desierto de la realidad! (Baudrillard, 2005).

Como mantiene Simmel (2018), “el hombre no solo quiere ser libre, también quiere utilizar para algo su libertad” (p. 49). En ese sentido, en la sociedad de consumo actual, el aburrimiento y el tedio traslucen un fracaso personal; son la muerte del yo. Irrumpe en la historia el estado de euforia perpetua, como lo llama Bruckner (2008), al tiempo que deviene un individuo hedonista trivializado por el exceso, la celeridad o la

desmesura, inseguro, sin drama, no permeado por culpa, pero condenado a autorrealizarse para alcanzar el reconocimiento del logro y del desempeño, amenazado constantemente por la aleatoriedad de un mundo que le insta al mismo tiempo al control y al desenfreno,

En paralelo a ese estado de euforia, la tediosa sensación de futilidad que discurre inseparable, que también se combate consumiendo. “La insipidez de los ruegos satisfechos es la derrota del consumidor” (Bruckner, 2008, p. 141).

El individualismo tardo-moderno no se entiende sin la sociedad de consumo. Es la gran utopía del siglo XX, que también deviene distópica y Pascal Bruckner (2008) lo advirtió: “nada más triste que el futuro, cuando se parece a lo que habíamos imaginado” (p. 141).

Atrincherados en sus realidades y competencias incompatibles, el péndulo de la disputa permanente no se va a mover ni un milímetro del gran dilema que sacude especialmente a los países occidentales: ¿salud o economía? ¿no saturar los hospitales y la red sanitaria pública, o seguir siendo, en el marco de sus economías globalizadas, el mismo recurso disponible, pero ahora con mascarilla?

Como sucede con los atractivos de la certidumbre, que promete curar los dolores de la libertad matando al paciente (Baudrillard, 2005, p. 243), pierde la economía. Cuando se trata de preservar la salud, siempre va a perder la economía. En su comparativa con la preservación de la salud, paradójicamente, más bien se asemeja a una enfermedad psicosomática, en la que los dolores del paciente son considerablemente reales y la pregunta de si su enfermedad es también real no tiene mucho sentido.

¿Salud o Economía? ¿Utopía o distopía? Asombra de nuestro tiempo, especialmente en estos momentos, como sociedad, que esas preguntas no sean formuladas de manera inclusiva, articulando frases yuxtapuestas coordinadas como hace la poesía: ¿Realidad y deseo? ¿Utopía y distopía?, ¿Salud y economía?²³.

DÉCIMO NOVENA CUESTIÓN

EyCE: *A nuestros compañeros y compañeras de Sociología, les sugerimos que participen en este foro de debate planteando algunas reflexiones en torno al Tercer Sector de Acción Social, el TSAS en España, y cómo le está afectando esta crisis, sobre todo en lo que se refiere a los derechos sociales.*

²³ Para apostillar estas reflexiones me he valido de la siguiente bibliografía Baudrillard, J. (2005) *De la seducción*. Madrid: Ediciones Cátedra. Bauman, Z. (2017) *Retrotopía*. Barcelona: Paidós. Bauman Z. (2001). *La postmodernidad y sus descontentos*. Madrid: Akal. Bruckner, P. (2008) *La euforia perpetua sobre el deber de ser feliz*. Barcelona: Tusquets. Elias, N. (2000) *La sociedad de los individuos*. Barcelona: Península. Kuhn, Th. (2013) *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de Cultura Económica. Lyon, D. (2009) *Postmodernidad*. Madrid: Alianza Editorial. Pablo. (2020) “Contradicciones del virus”. Publicado en *¿Qué pasa aquí? La actualidad contraindicada*. <https://contraindicaciones.net/>. Simmel, G. (2018) *La cantidad en los grupos sociales*. Madrid: Séquitur. Sloterdijk, P. (2010) *En el mundo interior del capitalismo. Para una teoría filosófica de la globalización*. Madrid: Editorial Siruela. Rorty, R. (1997) *¿Esperanza o conocimiento? Una introducción al pragmatismo*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Respuesta: Gloria Paterna Sánchez. Profesora de Sociología.

La nueva situación de emergencia social generada a raíz de la crisis sanitaria desencadenada con la Covid-19 reabre el debate en torno al papel que debe ejercer el TSAS en el mantenimiento de los derechos sociales de la ciudadanía.

Ya la crisis económica de 2008 en España puso de manifiesto que las organizaciones dedicadas a paliar situaciones de vulnerabilidad y exclusión social ejercieron una importante función que les fortaleció, no sólo ante la sociedad, sino también ante las Administraciones, reconociéndose incluso legislativamente a través de la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social, en la que aquellas quedaban definidas como:

“(…) organizaciones de carácter privado, surgidas de la iniciativa ciudadana o social, bajo diferentes modalidades, que responden a criterios de solidaridad y de participación social, con fines de interés general y ausencia de ánimo de lucro, que impulsan el reconocimiento y el ejercicio de los derechos civiles, así como de los derechos económicos, sociales o culturales de las personas y grupos que sufren condiciones de vulnerabilidad o que se encuentran en riesgo de exclusión social”.

Esta definición normativa supondría para el Sector el reconocimiento de un espacio propio en el que operar dentro de un modelo de bienestar en crisis que, en ocasiones, encontraba serias dificultades para atender a las demandas de la ciudadanía. Bien fuera por la crisis del Estado fiscal (O'Connor) o por inoperancia de los Gobiernos, el TSAS demostró ser una pieza clave en el modelo Mixto de Bienestar en el que España se inscribía, demostrando ser una alternativa al Mercado y un agente colaborador indispensable para el Estado.

Sin embargo, y pese a ese reconocimiento institucional del TSAS, al provenir gran parte de sus ingresos de la financiación pública se genera una excesiva dependencia de las entidades de acción social, por lo que las políticas de recortes llevadas a cabo en los últimos años no han hecho sino debilitar a un Sector que, como decimos, es fundamental para el mantenimiento y desarrollo del bienestar de la ciudadanía.

Como se puede observar en la Tabla 1, durante la crisis económica de 2008 el presupuesto dependiente del sector público experimenta una pequeña disminución ya en el año 2010, pasando a ser drástica en los años 2013 y 2018, con lo que la idea de fortalecer a un Sector considerado necesario no fue acompañada con los hechos dando lugar a la búsqueda de nuevos mecanismos de financiación que permitieran seguir atendiendo las necesidades sociales cada vez más acuciantes en el complicado periodo de crisis económica.

TABLA 1. PORCENTAJE QUE SUPONE CADA TIPO DE FINANCIACIÓN RESPECTO AL TOTAL DE LA FINANCIACIÓN DE LAS ENTIDADES DEL TSAS. AÑOS 2008, 2010, 2013 Y 2018.

Tipo de Financiación	2018	2013	2010	2008
Financiación pública	41,4	55,3	60,0	61,3
Financiación privada	26,0	19,4	18,2	23,9
Financiación propia	32,6	25,3	21,8	14,8
Total	100	100	100	100
Base (n)	1.003	342	415	676

Fuente: Plataforma ONG Acción Social (2020:80)

La cuestión radica en si esta nueva crisis, que se prevé más virulenta que la de 2008, logrará mantener a un Sector Social que se ha demostrado imprescindible en situaciones de emergencia social por su agilidad en las atenciones, conocimiento del territorio y cercanía con las personas afectadas. Es claro que, sin un apoyo firme de la Administración Pública, la coyuntura en la que se encuentran este tipo de organizaciones hará complicada la pervivencia de muchas de ellas, de manera que el modelo de bienestar volverá a ser puesto en entredicho, planteándose nuevamente el dilema entre el Estado de Bienestar vs Sociedad del Bienestar.

Por ello, quizás sea necesario plantear un nuevo escenario de cooperación entre las organizaciones del TSAS y las Administraciones, de manera que se reconfigure el modelo de Estado de Bienestar sin perjuicio de perder los derechos sociales adquiridos y con la intención de reformular un sistema que, de no ser repensado, corre el riesgo de desaparecer. No se puede obviar, sin embargo, que las organizaciones dedicadas a la acción social son colaboradoras del Estado y no suplantadoras de este o, lo que es lo mismo, nacen con el objetivo de dar respuesta de manera inmediata a situaciones de emergencia, ponerlas en conocimiento de las diferentes administraciones y buscar fórmulas de cooperación para resolverlas, pero nunca deben ser entendidas como sustitutas de la gestión pública, que es quien en última instancia debe ser responsable del bienestar de la ciudadanía.

Es necesario, por tanto, que la relación entre la Administración y el Sector Social se fortalezcan, como indicaba en un reciente estudio Marbán, Pérez-Yruela y Rodríguez-Cabrero: “Existe un amplio acuerdo en el TSAS en que la colaboración con el sector público debe continuar y ser más estable en la provisión de servicios, en la aplicación de programas conjuntos, en la financiación y en la colaboración en las políticas públicas” (98:2020).

Teniendo en cuenta que la evolución del paro registrado se ha incrementado en más de ochocientas mil personas respecto a junio de 2019, como muestra la Tabla 2, es razonable estimar que también aumentará el número de familias en riesgo de pobreza o exclusión social. Las nuevas situaciones de vulnerabilidad unidas a las preexistentes harán necesario que el sistema público articule nuevas fórmulas encaminadas a erradicarlas y favoreciendo la participación de las entidades del TSAS en el sostenimiento de los colectivos vulnerables.

TABLA 2. EVOLUCIÓN DEL PARO REGISTRADO 2019-2020.

	AÑO 2019			AÑO 2020		
	Paro registrado	% DE VARIACIÓN		Paro registrado	% DE VARIACIÓN	
		Mensual	Anual		Mensual	Anual
ENERO	3.285.761	2,61	-5,49	3.253.853	2,85	-0,97
FEBRERO	3.289.040	0,10	-5,22	3.246.047	-0,24	-1,31
MARZO	3.255.084	-1,03	-4,89	3.548.312	9,31	9,01
ABRIL	3.163.566	-2,81	-5,17	3.831.203	7,97	21,1
MAYO	3.079.491	-2,66	-5,31	3.857.776	0,69	25,27
JUNIO	3.015.686	-2,07	-4,63	3.862.883	0,13	28,09

Fuente: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Con la crisis de 2008, como señalaron González-Begega y Luque-Balbona (2015:2) hubo un cambio *de la negociación a la imposición*, disminuyendo los pactos sociales y subordinando las políticas sociales a las fiscales afectando, entre otros, a los sistemas de educación, sanidad y servicios sociales. Este escenario podría volver a repetirse de no cambiar las fórmulas aplicadas apenas hace una década, de manera que el modelo de bienestar sea sostenible en unos tiempos que se auguran difíciles, pero en los que las necesidades sociales no pueden dejar de ser atendidas.

El reto en esta nueva etapa de incertidumbre social, sanitaria y, por ende, económica, será el de procurar el mantenimiento de las entidades del TSAS como copartícipes de las políticas sociales, entendiéndose que con su intervención favorecen el desarrollo de la democracia, consolidan a la sociedad civil y garantizan un modelo público de bienestar que, sin ellas, entraría en grave peligro.

Por último, para una mejor aproximación a las ideas que planteo permítame sugerir la consulta de algunas de las obras que indico a continuación: Boletín Oficial del Estado 243, de 10 de octubre de 2015. *Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social*. Retrieved October 11, 2015, from <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-10922>; Connor, J. (2002). *The fiscal crisis of the State*. New Brunswick: Transaction Publishers; González-Begega, S. y Luque-Balbona, D. (2015). Crisis económica y deterioro de los pactos sociales en el sur de Europa: Los casos de España y Portugal. *Revista Internacional de Sociología*, 72, 2; Marbán, V., Pérez-Yruela, M., Rodríguez-Cabrero, G. (2020). Current challenges and prospective analysis of the Third Sector of Social Action (TSSA) in Spain. *CIRIEC - España. Revista de economía pública, social y cooperativa*, 98, 95-126; Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. *Evolución mensual del paro 2019-2020*. Retrieved July 05, 2020, from <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/estadisticas/datos-avance/paro.html>; Plataforma de ONG de Acción Social (2020). *El Tercer Sector de Acción Social en España 2019: Nuevos horizontes para un nuevo contexto sociopolítico*. Madrid: Gestión y Servicios Resources; Plataforma de ONG de Acción Social (2015). *El Tercer Sector de Acción Social en 2015: Impacto de la crisis*. Madrid: Systeme Innovación y Consultoría; Plataforma del Tercer Sector (2020). *Diagnóstico de situación del Tercer Sector ante la crisis generada por el COVID-19*. Retrieved July 05, 2020, from

<http://www.plataformatercersector.es/sites/default/files/DIAGN%C3%93STICO%20SITUACI%C3%93N%20TERCER%20SECTOR%20ANTE%20COVID19.pdf>;

Plataforma del Tercer Sector (03/04/2020). *Más de 30.000 ONG valoran el escudo social del Gobierno, pero piden ir más allá para proteger a las personas vulnerables.*

Retrieved July 05, 2020 from <http://www.plataformatercersector.es/es/noticias/mas-de-30000-ong-valoran-el-escudo-social-del-gobierno-pero-piden-ir-mas-alla>; Plataforma del Tercer Sector (21/05/2020). *El Tercer Sector denuncia la decisión del Ministerio de Derechos Sociales de recortar la financiación a las ONG estatales de Acción Social en plena pandemia.* Retrieved July 05,

2020 from <http://www.plataformatercersector.es/es/noticias/tercer-sector-denuncia-decision-ministerio-derechos-sociales-recortar-financiacion-ong-estatales>; Rodríguez-Cabrero, G. y Marbán, V. (Dir). (2015). *Análisis prospectivo sobre los retos actuales y futuros del Tercer Sector de Acción Social en España*. Madrid: Universidad de Alcalá.