

PANDEMIA Y CONSTITUCIÓN: LA EXPERIENCIA DE ALEMANIA

Rainer Arnold*

Resumen

La lucha contra la pandemia, que hasta ahora ha tenido éxito en Alemania, ha dado lugar a una restricción sin precedentes de los derechos fundamentales. Sin embargo, estas restricciones siempre han seguido los requisitos y los límites establecidos en la Constitución, respetando el principio de proporcionalidad y la esencia de los derechos fundamentales. La suspensión de los derechos fundamentales es desconocida por la Constitución, la ley fundamental. La gestión de la emergencia sanitaria se basó esencialmente en la ley federal ordinaria de protección contra las infecciones. Los reglamentos de los Estados miembros de la Federación, que establecían las medidas esenciales, se basaban en esto. La revisión judicial de todas las restricciones fue posible sin impedimentos. Hasta ahora, la jurisprudencia solo ha hecho correcciones en algunos pocos casos. Los requisitos del Estado de derecho se han mantenido incólumes. La estructura federalista en Alemania ha hecho necesario coordinar las medidas tomadas por los gobiernos de los Estados miembros. Esto ha llevado a una pluralidad de medidas, que, sin embargo, se justifica sobre la base del principio de proporcionalidad.

Palabras clave: Ley de protección contra infecciones; derechos fundamentales; Estado de derecho; legalidad; constitucionalidad; proporcionalidad; garantía del contenido esencial; federalismo; reglamentos; Alemania; COVID-19; pandemia; emergencia sanitaria.

PANDEMIC AND CONSTITUTION: THE GERMAN EXPERIENCE

Abstract

The fight against the pandemic, which thus far has proved a success in Germany, has led to an unprecedented restriction on fundamental rights. Nevertheless, these restrictions have always followed the requirements and limits established by the Constitution, respecting the principle of proportionality and the essence of fundamental rights. The suspension of those rights is not recognised by the Constitution, the basic law. Health emergency management was essentially based on the ordinary federal law concerning protection against infections. The regulations of the Federation's member states, which established the essential measures, were based on that. Judicial review of all restrictions was possible without any legal impediments. Until now, case law has only made corrections in a few cases. The requirements of the rule of law have remained untouched. Germany's federal structure has made it necessary to coordinate the measures adopted by the member state governments. This has led to a plurality of measures which has nevertheless been justified by the principle of proportionality.

Key words: protection against infections law; fundamental rights; rule of law; legality; constitutionality; proportionality; guarantee of intrinsic nature; federalism; regulations; Germany; COVID-19; pandemic; health emergency.

* Rainer Arnold, profesor en la Universidad de Ratisbona, catedrático emeritus de derecho público, Facultad de Derecho, Universitätsstraße, 31, 93051 Ratisbona (Regensburg, Alemania). jean.monnet@gmx.de.

Artículo recibido el 15.09.2020.

Citación recomendada: Arnold, Rainer. (2020). Pandemia y Constitución: la experiencia de Alemania. *Revista Catalana de Dret Públic*, (número especial), 20-37. <https://doi.org/10.2436/rcdp.i0.2020.3522>.

Sumario

- 1 La lucha contra la pandemia y la protección de la libertad
 - 1.1 El gran espectro de las restricciones de la libertad
 - 1.2 Características básicas de los derechos fundamentales en el sistema constitucional alemán
- 2 Restricciones de los derechos fundamentales: ejemplos de la crisis
 - 2.1 La reserva de ley
 - 2.2 Los límites inmanentes de derechos fundamentales sin reserva de ley
 - 2.3 La protección de derechos fundamentales en la Constitución de un Estado miembro: un breve vistazo a Baviera y al Sarre
- 3 El Estado de derecho y la lucha contra la pandemia, aspectos de Alemania
 - 3.1 La legalidad: la base legal para las intervenciones
 - 3.2 Ley y reglamento
- 4 La lucha contra la pandemia y el federalismo: varios aspectos
 - 4.1 La distribución de competencias legislativas en el sistema federal alemán y su relevancia en el contexto de la pandemia
 - 4.2 Cuestiones de la competencia ejecutiva

Bibliografía

1 La lucha contra la pandemia y la protección de la libertad

1.1 El gran espectro de las restricciones de la libertad

En Alemania, la lucha contra la pandemia de COVID-19 hizo necesario adoptar medidas que restringieron en gran medida los derechos fundamentales: se prohibió salir de casa excepto para comprar la comida necesaria, para ver a un médico o para ir a trabajar si no era posible la oficina en casa. Se prohibieron las reuniones, se cerraron tiendas, escuelas y jardines de infancia, y se restringió la libertad del individuo de muchas otras maneras.

Esas medidas afectaban al núcleo del derecho constitucional, los derechos fundamentales. Por consiguiente, desde el punto de vista jurídico, es una cuestión central si las restricciones a la libertad que tienen por objeto protegerse contra la pandemia son constitucionalmente permisibles y en qué medida. La protección de los derechos fundamentales en el sistema constitucional alemán juega un papel muy importante, podría decirse que el más importante. Por lo tanto, es de suma importancia aclarar esta cuestión.

1.2 Características básicas de los derechos fundamentales en el sistema constitucional alemán

En el derecho constitucional alemán, los derechos fundamentales que están recogidos en el catálogo de los artículos 1 a 19 LF (y complementados por derechos constitucionales subjetivos “equivalentes a los derechos fundamentales” en los artículos 101 a 104 LF) son concebidos como derechos *subjetivos*, directamente aplicables y susceptibles de ser invocados ante los tribunales, con fuerza vinculante para el poder público en todos sus ramas.¹ La calificación como derecho subjetivo corresponde a la tradición jurídica alemana, y significa una relación directa entre el titular del derecho fundamental y la norma constitucional que garantiza este derecho. El titular puede reclamar el derecho directamente y no necesita esperar a que el legislador lo realice. Esto corresponde a la intención de la Constitución de crear derechos que sean directamente aplicables; por esta razón, la LF ha evitado incluir normas programáticas en el texto, como lo hizo la Constitución de Weimar, predecesora de la LF. Esta es también la razón por la que la LF no incluyó derechos fundamentales sociales, ya que normalmente no son directamente aplicables, sino que tienen que ser implementados por el legislador. En su lugar, se incluyó el principio del Estado social como una norma constitucional *objetiva*, que es una directiva para que el legislador cree un sistema social justo de acuerdo con sus ideas.²

Los derechos fundamentales son también expresiones de *valores objetivos* que constituyen un orden coherente que se impone a todas las ramas del derecho, incluyendo el derecho civil.³ La calificación de derechos fundamentales como valores objetivos es también la base para el concepto de la obligación del Estado de proteger activamente, por leyes u otras normas (como en el caso de la pandemia, principalmente por reglamentos), los valores que los derechos fundamentales tienen que proteger contra la intervención del Estado. Esta función negativa, defensiva, ha sido alargada por esa doctrina hacia una función positiva, una función de prestación.⁴ En el marco de la crisis sanitaria, la obligación del Estado (sea del Estado federal, sean los Estados miembros de la Federación) de proteger activamente, de manera eficaz, la salud del individuo y de la población es de suma importancia. Resulta esta obligación del derecho fundamental a la salud expresado por el artículo 2, apartado 2 LF.⁵

1 Tribunal Constitucional Federal alemán (TCF), vol. 7, 198, 204-205; vol. 21, 362, 369.

2 Anschütz, Gerhard. (1965). *Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*. Reimpresión de la 14.ª ed. 1933. Bad Homburg von der Hoehe: Hermann Gentner Verlag, p. 505-520, en especial p. 514-516. Respecto al Estado social en Alemania, TCF, vol. 22, 180, 204; vol. 45, 376, 388; vol. 50, 57, 108.

3 TCF, vol. 7, 198, 204-205.

4 TCF, vol. 49, 89, 142; vol. 92, 26, 46.

5 TCF, vol. 39, 1, 42; vol. 88, 203, 251 (protección de la vida del embrión).

Alemania se divide en dieciséis Estados miembros con propios espacios constitucionales que gozan de autonomía (limitada solamente por la cláusula de homogeneidad, art. 28, apdo. 1 LF). Esto significa que hay una doble protección de los derechos fundamentales en Alemania: aquella a través de la LF y aquella a través de la Constitución del Estado miembro. La interpretación de los dos tipos de derechos se efectúa, teóricamente, de manera autónoma, independiente en cada espacio constitucional (de la Federación o del Estado miembro), sin que le afecte la interpretación que tiene lugar en el otro espacio. Sin embargo, la visión del Tribunal Constitucional Federal (TCF) se impone, de hecho, en la interpretación jurisprudencial en los Estados miembros. No obstante, el proceso inverso es apenas visible.⁶

Sin embargo, en el sistema federalista se plantea la cuestión de si los derechos fundamentales de las Constituciones de los Estados miembros, cuyo contenido difiere de aquellos incluidos en la Constitución federal, conservan o pierden su validez debido a la primacía del derecho federal. El artículo 142 LF los mantiene; solo si se contradicen entre sí pierden su validez a este respecto.⁷

Es evidente que, desde el punto de vista del procedimiento, los derechos fundamentales de la Federación solo son aplicados por el TCF, y los del Estado miembro, solo por el TC de este último. También es evidente que los derechos fundamentales de las Constituciones de los Estados miembros solo son vinculantes para las instituciones de estos últimos, y los de la Constitución federal, para toda la autoridad pública en Alemania.

Cabe mencionar otro punto, a saber, que los derechos fundamentales de la Federación deben interpretarse de conformidad con la Convención Europea de Derechos Humanos; se internacionalizan de esta manera. Desde la importante decisión de Görgülü en 2004,⁸ el TCF se ha orientado en particular a la Convención.

Los derechos fundamentales son una expresión del principio de libertad, un principio fundamental de una Constitución liberal-democrática, encabezada por la garantía de la dignidad humana. La libertad solo es posible en el marco de las restricciones que deben ser justificadas en el interés común. La libertad es el principio, mientras que la restricción de la libertad es la excepción que debe ser legitimada.⁹

La ley fundamental conoce, como otras constituciones, dos tipos de restricción de la libertad: una, que es hecha por el legislador sobre la base de una autorización de la Constitución (reserva de ley); la otra, que surge entre otras normas de la propia Constitución (restricciones inmanentes). La restricción solo es legítima si se hace mediante una ley formal, cumple con el principio de proporcionalidad y no afecta al contenido esencial del derecho fundamental (véase el art. 19, apdos. 1 y 2).¹⁰ A continuación se ilustrarán más detalladamente las restricciones de los derechos fundamentales con ejemplos de la práctica del período de crisis.

2 Restricciones de los derechos fundamentales: ejemplos de la crisis

2.1 La reserva de ley

“Reserva de ley” significa que la Constitución autoriza al legislador a restringir un derecho fundamental, como es el caso, por ejemplo, de la libertad de reunión al aire libre según el artículo 8, apartado 2 LF. A fin de evitar la infección por el virus, no se permitían esas reuniones, o solo se permitían con un número limitado de personas y a una distancia segura y con protección bucal.

6 Merten, Detlev. (2017). Allgemeine Lehren der Landesgrundrechte. En Detlev Merten y Hans-Jürgen Papier (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa* (vol. VIII, sec. 232, p. 113-2449). Heidelberg: C. F. Müller.

7 *Ibid.*, p. 135 y ss. *Cfr.* TCF, vol. 36, 342, 362-363; vol. 96, 345, 365.

8 TCF, vol. 111, 307, 327 y ss. *Cfr.* también TCF, vol. 74, 358, 370.

9 Arnold, Rainer. (2015). Substanzuelle und funktionelle Effizienz des Grundrechtsschutzes im europäischen Konstitutionalismus. En Max-Emanuel Geis, Markus Winkler y Christian Bickenbach (eds.), *Von der Kultur der Verfassung, Festschrift für Friedhelm Hufen zum 70. Geburtstag* (p. 3-10). Múnich: C. H. Beck.

10 TCF, vol. 2, 266, 285; vol. 22, 180, 219; vol. 28, 243, 260-261; vol. 31, 58, 69.

La decisión del Tribunal administrativo supremo (TAS) de Baden-Wurtemberg del 16 de mayo de 2020¹¹ muestra claramente el tema del funcionamiento de una reserva de ley. El demandante registra una manifestación en un prado de la ciudad de Stuttgart. La ciudad lo permite, pero pone condiciones, a saber, una limitación del número de participantes a 5.000 y la obligación de que las fuerzas de seguridad de la manifestación deben portar un protector de boca y nariz. El organizador de la manifestación se opone a estas condiciones y se dirige al tribunal administrativo en un procedimiento de urgencia. Este último rechazó la solicitud, contra la cual el organizador presenta una queja al TAS, pero sin éxito.

Las condiciones impuestas por la autoridad de la ciudad son una interferencia con el derecho a la libertad de reunión (art. 8, apdo. 2 LF). Se basan en el párrafo 15 de la ley sobre las reuniones (*Versammlungsgesetz*),¹² según el cual las autoridades pueden supeditar la celebración de una reunión (incluyendo una demostración) a determinadas condiciones en el caso de que “según las circunstancias reconocibles en el momento de la resolución administrativa, la seguridad y el orden públicos sean directamente amenazados durante la celebración de la reunión”.

El párrafo 20 de esa ley menciona que el derecho fundamental del artículo 8 LF puede ser restringido por las disposiciones de la ley. Esto corresponde al requisito de citación (*Zitiergebot*) del artículo 19, apartado 1, 2.^a frase, es decir, al requisito de mencionar aquellos derechos fundamentales en la ley que pueden ser restringidos por esa última (que tiene función de advertencia).¹³

Por lo tanto, se puede decir que el párrafo 15 de la ley sobre las reuniones interfiere, como disposición de una ley formal, con la libertad de reunión, en correspondencia de la reserva de ley prevista en el artículo 8, apartado 2 LF.

Sin embargo, también podría referirse, para la restricción del derecho fundamental de reunión, al “reglamento coronavirus” del Estado miembro de Baden-Württemberg del 23 de junio de 2020 (en su versión actual, válida a partir del 6 de agosto de 2020). Es relevante el párrafo 11 del reglamento, que constituye un fundamento jurídico para la imposición de condiciones particulares relativa a la observancia de los requisitos de higiene (párr. 4) y, en un caso inevitable, para la prohibición de una reunión con el fin de evitar el riesgo de infección. Este reglamento obviamente no es una ley formal, sino una norma ejecutiva, la adopción de la cual es dependiente de una autorización por una ley formal, autorización que está expresada por el párrafo 32 (en conexión con los párrafos 28 a 31) de la ley federal de protección contra las infecciones. Esta última disposición, que es parte de una ley formal, se concretiza por el reglamento y constituye una base legal para la restricción del artículo 8 LF.

La restricción debe cumplir los requisitos del principio de proporcionalidad.¹⁴ La ley restrictiva debe tener típicamente en cuenta la importancia del derecho fundamental de reunión, que es un elemento constitutivo del proceso democrático.¹⁵ Esto significa que, en el marco de la ponderación de interés público de un lado y de interés individual de otro lado, el requisito del principio de la proporcionalidad, el valor especial del derecho a la reunión para el individuo, debe tenerse debidamente en cuenta al ponderarlo con el interés público, es decir, con la protección de la salud de los demás participantes en la manifestación y del público. La restricción, concretamente la imposición de condiciones al organizador, debe ser apropiada para realizar o por lo menos para contribuir a la realización del objetivo de la restricción. Además, estas condiciones impuestas

11 http://lrbw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&nr=31245.

12 La materia relativa a las reuniones es materia exclusiva de los Estados miembros de la Federación desde la reforma de 2006; antes era competencia de la Federación (ley federal sobre las reuniones), que sigue siendo válida en los Estados miembros que no adoptan tal ley (véase el art. 125, apdo. 2 LF).

13 Cfr. TCF, vol. 113, 348, 366; Sodan, Helge. (2018). Art. 19 GG. En Helge Sodan (ed.), *Grundgesetz* (4.^a ed., art. 19 Rn., notas marg. 5-8). Múnich: C. H. Beck.

14 TCF, vol. 19, 342, 348-349. Con referencia a la crisis por coronavirus, véase Kersten, Jens, y Rixen, Stephan. (2020). *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*. Múnich: C. H. Beck, p. 45-66, en especial p. 59-66, sobre las restricciones de la libertad de reunión.

15 TCF, vol. 69, 315, 342 y ss.

al organizador deben ser necesarias, indispensables; no debe haber una forma menos intrusiva de lograr el mismo efecto (eso es el elemento de la “mínima intervención”)¹⁶.

Estos tres aspectos, la aptitud de la restricción, la necesidad y la proporcionalidad de la gravedad de la restricción en comparación con la importancia del objetivo (que debe ser un objetivo legítimo, objetivo que sirve a la comunidad y últimamente al individuo), son elementos de suma relevancia en el constitucionalismo moderno, en Alemania así como en todos los países liberal-democráticos.¹⁷

En el caso concreto, el tribunal subraya cuán importante la libertad de reunión es para el proceso democrático, y explica cuidadosamente los peligros que pueden surgir de una reunión o manifestación con un gran número de participantes, la importancia de la distancia física entre las personas que participan en ella y la preocupante sobrecarga potencial del sistema de atención de la salud. El tribunal llega a la conclusión de que en la situación actual, cuando un gran número de personas se reúnen en el curso de una reunión, existe una grave amenaza a la seguridad pública. Esta última se define como los bienes constitucionalmente protegidos de la vida y de la integridad física.

El tribunal no aborda explícitamente una condición adicional de tales restricciones, a saber, la garantía del contenido esencial. En el caso concreto, no había pruebas de una violación de esta última. En el derecho constitucional alemán, el artículo 19, apartado 2 LF establece esta garantía en el marco de la mencionada reserva de ley con el fin de proteger la naturaleza de un derecho fundamental que puede ser restringido dentro de los límites permitidos por la Constitución, pero no puede ser privado de su función en un caso específico ni de su función en general.¹⁸

En el caso concreto, tras una argumentación muy detallada, el TAS confirma finalmente la decisión del Tribunal administrativo de primera instancia.

Este caso de ejemplo ha mostrado la función de la reserva de ley. A continuación examinaré los demás derechos fundamentales que están sujetos a una reserva de ley y los evaluaré en relación con las medidas de restricción en la crisis de coronavirus.¹⁹

Probablemente las medidas más estrictas fueron la prohibición de salir de casa excepto para comprar comida, visitar al médico o ir al trabajo. El derecho fundamental pertinente es la libertad general de acción, el artículo 2, apartado 1 LF, y no el artículo 2, apartado 2, 2.ª frase LF, que abarca la libertad de movimiento físico y se refiere a la garantía de *habeas corpus*.²⁰ El artículo 11 LF, la libertad de circulación en el territorio alemán, tampoco es relevante en este contexto, ya que incluye el derecho de residencia.²¹ Tampoco son pertinentes aquí la salida del país y la reentrada en Alemania, porque no estaban prohibidas, sino que solo estaban asociadas con la obligación de realizar pruebas médicas o con la cuarentena después de la reentrada.

En cuanto concierne a la libertad general de acción, el artículo 2, apartado 1 LF, se debe constatar que esta última disposición contiene una reserva de ley que somete la libertad de acción (una libertad muy larga) al “orden constitucional”, es decir, al conjunto de leyes formalmente y sustancialmente conformes a la Constitución. Se trata de una reserva de ley amplia, en cuyo contexto el principio de proporcionalidad es particularmente importante. Cabe mencionar también que el texto del artículo 2, apartado 1 LF, que protege el libre desarro-

16 Cfr. TCF, vol. 91, 207, 222.

17 Arnold, Rainer. (2003). Constitutional Courts of Central and Eastern European Countries as a Dynamic Source of Modern Legal Ideas. *Tulane European & Civil Law Forum*, 18, 99-115; Arnold, Rainer. (2016). Allgemeine Prinzipien des verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutzes in Mittel-, Ost- und Südosteuropa. En Detlev Merten, Hans-Jürgen Papier y Rainer Arnold (eds.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa* (vol. IX: Grundrechte in Ostmittel- und Osteuropa, p. 1011- 1037). Heidelberg: C. F. Müller.

18 TCF, vol. 22, 180, 219; vol. 30, 47, 53; vol. 109, 133, 156.

19 Véase también Kersten y Rixen, ob. cit. (nota 14), p. 45 y ss., en especial p. 45-46.

20 TCF, vol. 149, 293, 319.

21 TCF, vol. 2, 266, 273; vol. 134, 242, 323.

llo de la personalidad, se ha ampliado con la jurisprudencia del TCF e incluye, debido a esta interpretación amplia, la libertad de acción en general.²²

La protección de datos, que se considera un aspecto de los derechos de la persona (art. 2, apdo. 1 en relación con el art. 1, apdo. 1 LF) y que fue desarrollada por la jurisprudencia del TCF,²³ es pertinente en el contexto de la crisis sanitaria actual de diversas maneras: especialmente en el uso de la aplicación de seguimiento (*tracking app*) —cuyo uso es voluntario en Alemania, sin embargo— o en la recogida, el almacenamiento y la transferencia de datos médicos, por ejemplo, los resultados de las pruebas, etcétera. En el campo del derecho de la personalidad existe la misma reserva de ley que para la libertad de acción general. Sin embargo, el derecho de la personalidad incluye también ámbitos que pertenecen a la esfera más íntima de la vida humana y que, por lo tanto, entran dentro de la garantía de la dignidad humana (art. 1, apdo. 1 LF).²⁴ Esta última no puede ser restringida. Las intervenciones en esta área son absolutamente inadmisibles.

La libertad general de acción es relevante también para la obligación de usar un protector de boca y nariz, y también para las restricciones de las actividades deportivas y para la prohibición de visitas de hospitales o de los hogares de ancianos.

La protección de la dignidad humana tiene también un significado especial para la cuestión del triaje.²⁵ Esta cuestión no se agudizó en Alemania, ya que no había escasez de camas de cuidados intensivos en los hospitales. No obstante, es evidente que no se debe hacer ninguna distinción entre los pacientes, ni en términos de edad ni en otras circunstancias. A lo sumo, podría darse el caso de que se juzgue sobre la base del grado de las perspectivas de éxito a quien se debe concentrar la atención intensiva, si esto no es posible para todos los pacientes. Sin embargo, los cuidados intensivos que ya han comenzado no deben terminarse bajo este aspecto.²⁶

Un problema importante durante la crisis fue también el necesario cierre de tiendas (aparte de las tiendas de comestibles), restaurantes y hoteles. A este respecto, la libertad profesional (art. 12, apdo. 1 LF) y también la garantía de la propiedad (art. 14 LF) fueron afectadas. La libertad profesional contiene una llamada “reserva reglamentaria” (*Regelungsvorbehalt*) para el ejercicio y también para la elección de la profesión, lo que es equivalente a una reserva de ley. El principio de proporcionalidad debe observarse de manera muy especial en los distintos ámbitos de la libertad profesional: regulación del ejercicio de la profesión como forma más fácil de intervención y regulación de la elección de la profesión por restricciones subjetivas o, lo que es más grave, objetivas. La jurisprudencia del TCF ha desarrollado en este contexto la teoría de escalón (teoría de los grados),²⁷ que es una especificación del principio de la proporcionalidad.

La garantía de la propiedad tiene dos límites: los vínculos sociales (restricciones generales para el bien común, *Sozialbindung*) y la expropiación (efectuada por privación del derecho de propiedad). En este último caso, debe concederse una indemnización.²⁸

El cierre de las tiendas, los restaurantes y los hoteles era solo temporal. Sin embargo, hubo una considerable pérdida de ingresos, pero también de asistencia financiera por parte del Estado. El cierre debe ser calificado como una intervención en la libertad profesional; se trata de una regulación del ejercicio de la profesión, en parte con un efecto muy serio porque algunos tuvieron que cerrar definitivamente la tienda o el hotel.

El cese de la actividad profesional debe considerarse como una forma de elección negativa de la profesión, a saber, el cese de la misma, por razones objetivas, es decir, por razones que no estaban en la persona del comerciante. Por lo tanto, se trata de la zona de libertad profesional, que solo puede ser restringida bajo con-

22 TCF, vol. 6, 32, 36; vol. 80, 137, 152, 154.

23 TCF, vol. 65, 1, 38 y ss., 43, 48.

24 TCF, vol. 80, 367, 373-374.

25 Véase Kersten y Rixen, ob. cit. (nota 14), p. 73-83.

26 Véase ibídem, p. 78-81.

27 TCF, vol. 7, 377, 405 y ss.

28 Cfr. TCF, vol. 20, 351, 356; vol. 58, 300, 330 y ss.

diciones muy estrictas. Esto solo puede hacerse si están en juego bienes comunes de importancia excepcional. La salud pública, que estaba en juego en estos casos, es uno de esos bienes extremadamente importantes. Se puede constatar que estas restricciones de la libertad profesional fueron legitimadas.

En el contexto de la protección de la propiedad, el cierre temporal de una tienda o un hotel no es todavía una expropiación, sino una limitación por razones sociales. Pero incluso tal limitación debe ser proporcionada y debe ser calificada como una intervención expropiataria si el cierre es de larga duración y conduce al abandono de la empresa debido a la grave pérdida de volumen de negocios.

Es una cuestión difícil si en estos casos solo interviene la protección de la libertad profesional o si también es pertinente la protección de la propiedad. Pero, incluso si se examinan ambos derechos fundamentales, habrá que decir que la libertad profesional se restringió de manera conforme a la Constitución y que la limitación social de la profesión fue proporcionada. Sin embargo, en el caso de un abandono del negocio se debe pensar en una demanda de indemnización de la intervención con efecto expropiatorio.²⁹

Otra temática importante fue el cierre —temporal— de guarderías, jardines de infancia, escuelas, universidades, instituciones culturales, iglesias e instalaciones deportivas.

En cierta medida, el derecho de la personalidad —que está consagrada en el artículo 2, apartado 1 en conexión con el artículo 1, apartado 1 LF— es pertinente, especialmente en lo que respecta a la educación en las escuelas y la educación en lugares destinados a los niños. En el caso de los niños y los alumnos, también se ha afectado el derecho de los padres en virtud del artículo 6, apartado 2 LF.³⁰ La enseñanza universitaria está contemplada en el artículo 5, apartado 3 LF, pero también en el artículo 12, apartado 1 LF (libre elección de los locales de enseñanza). El artículo 5, apartado 3 LF también es relevante para el cierre de teatros y museos, la cancelación de conciertos, etcétera. La falta de asistencia a eventos deportivos o juegos sin espectadores también está cubierta por la libertad general de acción. Por otra parte, los servicios y eventos religiosos están protegidos por el artículo 4 LF, que en sí mismo no contiene una reserva de ley.³¹

Es evidente que el artículo 5, apartado 3, que se refiere a las universidades así como al arte, está sometido a limitaciones constitucionales inmanentes. Se discute esta temática más adelante con un ejemplo relativo a la libertad religiosa del artículo 4 LF.

Desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, lo que es necesario, por supuesto, es reducir o suprimir las restricciones a las libertades cuando ya no son necesarias; de este modo, siempre se ha aplicado la relajación gradual.³² Este principio también ha obligado a tener en cuenta las diferencias regionales en cuanto a la incidencia de la infección. Las limitaciones se han apartado en consecuencia. Si al principio fue necesario aplicar restricciones en todo el territorio de Alemania, necesariamente ha seguido una diferenciación constante, de modo que hoy en día han surgido principalmente puntos focales regionales e incluso locales de la lucha contra la infección.

2.2 Los límites inmanentes de derechos fundamentales sin reserva de ley

El análisis de los derechos fundamentales pertinentes a la crisis de coronavirus reveló que la libertad de religión (art. 4 LF), la libertad artística y también la libertad de enseñanza universitaria (ambas en el apartado 3 del artículo 5 LF) no están sujetas a ninguna reserva de ley. Sin embargo, no están exentas de límites. Dado

29 TCF, vol. 30, 292, 334-335; Scholz, Rupert. (2020). Art. 12. En Theodor Maunz y Günter Dürig (eds.), *Grundgesetz* (90a supl., art. 12, notas marg. 147-150). Múnich: C. H. Beck.

30 TCF, vol. 107, 104, 120; vol. 121, 69, 92 y ss.

31 TCF, vol. 137, 273, 309.

32 Véase Kersten y Rixen, ob. cit. (nota 14), p. 49-50, 53 y ss.

que estos derechos fundamentales forman parte de la Constitución y, por lo tanto, de un orden general que no puede ser contradictorio en sí mismo, es preciso armonizarlos con las demás disposiciones constitucionales.³³

El concepto de la obligación constitucional del poder público de proteger los valores en los que se basan los derechos fundamentales desempeña aquí un papel muy importante, especialmente la obligación de proteger la vida y la salud de la población. Esto se deriva del artículo 2, apartado 2 LF. Como ya se ha mencionado, el deber del Estado de abstenerse de intervenciones —ilegítimas— en estos bienes se convierte en el deber positivo de proteger activamente estos últimos. Esta aplicación positiva tiene rango constitucional y debe armonizarse adecuadamente con los derechos fundamentales sin reserva de ley. Se habla de límites inmanentes o inherentes a estos últimos derechos.

A modo de ejemplo, una de las pocas decisiones del TCF relativas a la crisis de coronavirus, que, aunque solo sea parcialmente exitosa, se menciona aquí: se refería a la prohibición general de celebrar servicios religiosos para evitar la infección de las personas que participan en la celebración.³⁴

La decisión del 29 de abril de 2020 (decisión de la segunda Cámara del Primer Senado del TCF según el párrafo 93.d, apartado 2 de la Ley sobre el TC) se refería a una solicitud urgente contra la prohibición general de reuniones en iglesias, mezquitas y sinagogas, así como la prohibición de reuniones de otras comunidades religiosas para la práctica común de la religión según lo establecido en el Reglamento de Baja Sajonia del 24 de abril de 2020. El TCF examinó esencialmente la cuestión de si era necesaria la prohibición general de celebrar y asistir a eventos religiosos prevista en el reglamento. Al hacerlo, el tribunal aplicó el principio de proporcionalidad y argumentó muy cuidadosamente en este contexto. Se llegó a la conclusión de que, en casos excepcionales, tiene que ser posible obtener la autorización de la autoridad competente si el organizador de la reunión religiosa prevé todas las medidas de protección necesarias. El tribunal subrayó la importancia especial de estos acontecimientos religiosos. En el caso específico, fue la oración del viernes en el marco de la fe musulmana, pero la declaración del tribunal se aplicó a todas las creencias. Sin embargo, las estructuras de la teoría constitucional (límites inmanentes a la libertad de religión, ponderación con otros bienes protegidos constitucionalmente) no fueron tratadas en detalle por el tribunal. Sin embargo, hay que subrayar que los derechos fundamentales que no están sujetos a una reserva de ley están sujetos, no obstante, a límites inmanentes resultantes de otras disposiciones de la Constitución. Habría parecido obvio utilizar la obligación del Estado de proteger la vida y la salud de la población como un bien constitucional que debe conciliarse con la libertad de religión. Parece, sin embargo, que este pensamiento fue la base tácita de la argumentación del tribunal. En la jurisprudencia de otros tribunales se hace hincapié explícitamente en esta obligación, y se utiliza como justificación de la intervención en la libertad.

2.3 La protección de derechos fundamentales en la Constitución de un Estado miembro: un breve vistazo a Baviera y al Sarre

Una breve observación preliminar es apropiada aquí: tanto ante el TCF y los tribunales constitucionales de los Estados miembros de la Federación como ante los tribunales administrativos —en particular, ante el más alto tribunal administrativo de los Estados miembros en el contexto de los procedimientos en virtud del párrafo 47 VwGO (Código Contencioso Administrativo, CCA)—, los procedimientos sumarios, es decir, las solicitudes de medidas provisionales, tienen lugar debido a las circunstancias especiales de la crisis de coronavirus, que se desarrolla de forma dinámica. Como cuestión de principio, en esos procedimientos se sopesan las consecuencias de dictar o denegar ese mandamiento judicial provisional contra el otro. Además, también se examina si el caso está manifiestamente fundado o manifiestamente infundado en el procedimiento principal.³⁵ En los procedimientos provisionales, en los que solo se realizan exámenes sumarios, la constitucionalidad de las restricciones de los derechos fundamentales no se examinará precisamente en cuanto al fondo. Por esta

33 TCF, vol. 28, 243, 260-261; vol. 93, 1, 21; vol. 122, 89, 107.

34 http://www.bverfg.de/e/qk20200429_1bvq004420.html.

35 Schlaich, Klaus, y Koriath, Stefan. (2018). *Das Bundesverfassungsgericht* (11.ª ed., p. 353-364, notas marg. 462-472a). Múnich: C. H. Beck.

razón, en la actualidad no cabe esperar, por regla general, ninguna declaración sustantiva sobre el alcance de la prohibición y la restricción de los derechos fundamentales, por parte de los tribunales.

La Constitución de Baviera data de diciembre de 1946; es, por lo tanto, más antigua que la LF de la Federación, que entró en vigor en 1949. La Constitución bávara está en algunos aspectos más orientada hacia la Constitución de Weimar, que también se expresa en las disposiciones sobre los derechos fundamentales. Si bien la LF solo tiene derechos fundamentales concretos y directamente aplicables, la Constitución bávara también contiene normas programáticas adicionales, como el derecho a la vivienda y al trabajo, derechos sociales que no se consideran derechos fundamentales en sentido estricto. El artículo 98 de la Constitución establece la regla de que los derechos fundamentales no pueden ser restringidos en principio, excepto solo si “la seguridad, la moral, la salud y el bienestar públicos” requieren restricciones imperativamente. Sin embargo, la jurisprudencia del TC de Baviera ha ampliado esta estricta norma y ha establecido en gran medida límites especiales a los derechos fundamentales particulares, en parte siguiendo la LF de la Federación.³⁶ Los derechos fundamentales se encuentran especialmente en la segunda parte principal de la Constitución, pero también pueden encontrarse en las otras partes de esta última. De forma similar a la Constitución de Weimar, hay capítulos sobre la vida comunitaria, la familia y los niños, la educación y la escuela, la religión, la economía y el trabajo o la agricultura.³⁷ Es posible que los límites inmanentes a los derechos fundamentales se deriven de estas disposiciones, que tienen rango constitucional. Además, la Constitución también contiene obligaciones básicas, a diferencia de la LF.³⁸

En comparación con la LF, se puede constatar que todos los derechos fundamentales de la LF mencionados anteriormente, que son pertinentes en el contexto de la crisis de coronavirus, también existen en la Constitución de Baviera (CB): la dignidad humana (art. 100 CB), la libertad de acción general (art. 101 CB) —ambas esencialmente idénticas en contenido a la LF—, la libertad de la persona (art. 102 CB) como garantía de *habeas corpus* —y no como derecho fundamental en el contexto de la prohibición de salir de casa—, la libertad de reunión (art. 113 CB), el derecho a la propiedad (art. 103 CB, completado por el art. 159 CB), pero no explícitamente la libertad profesional, que está garantizada por la libertad general de acción, la libertad de religión (art. 107 CB), la libertad de arte y ciencia (art. 108 CB), etcétera.

Sin embargo, hay que recordar que los derechos fundamentales de la Constitución de un Estado miembro solo se aplican a las acciones y omisiones de las instituciones de los Estados miembros. Si la autoridad de un Estado miembro ha aplicado una ley federal, como, por ejemplo, la ley federal de protección contra infecciones, esto no puede comprobarse sobre la base de la Constitución del Estado miembro, sino solo sobre la base de la LF. Otra cosa solo se aplicaría si la autoridad del Estado miembro aplica la ley de este último; entonces se aplican tanto la Constitución del Estado miembro como la LF.

Como ya he mencionado, las normas jurídicas del derecho bávaro se examinan por el TC bávaro en la base de una *actio popularis* según el artículo 98, 4.^a frase CB. Los actos ejecutivos y judiciales emitidos por instituciones bávaras son susceptibles de ser examinados por el TC bávaro por medio de un recurso individual según el artículo 120 CB.

Para concluir las consideraciones sobre la pandemia y la protección de los derechos fundamentales, se debe echar una breve mirada a la decisión del TC del Sarre del 28 de abril de 2020.³⁹ Se ha presentado un recurso de amparo constitucional contra el Reglamento del 17 de abril de 2020 del Gobierno del Sarre respecto a la lucha contra la pandemia, entre otras cosas porque hacía demasiado estrechas las excepciones a la prohibición de salir de casa, es decir, no permitía la salida de la casa para poder visitar a los cónyuges, las parejas de hecho, los parientes en línea recta, los hermanos y hermanas, etcétera. El recurso de amparo se combinó con la solicitud de una orden judicial provisional. Esta última tuvo éxito. La argumentación del TC da una

36 Lindner, Franz, Moestl, Markus, y Wolff, Heinrich Amadeus. (2009). *Verfassung des Freistaates Bayern* (art. 98, Rn. 61-79, 64-65). Múnich: C. H. Beck.

37 Véanse los artículos 124-177.

38 Véanse los artículos 121-123.

39 Lv7/20 <http://www.verfassungsgerichtshof-saarland.de/verfghsaar/dboutput.php?id=352>.

cierta idea del pensamiento sobre los derechos fundamentales en el marco de la Constitución de un Estado miembro. El TC consideró que el reglamento era “incoherente”, ya que contenía restricciones que eran en parte demasiado estrictas y que además eran incomprensibles en comparación con otras disposiciones del reglamento. No se juzgaron compatibles con el derecho fundamental a la protección y promoción de las familias (art. 22 de la Constitución del Sarre), ni con el derecho fundamental a la libertad de la persona (art. 3, 1.^a frase de esta Constitución).

Se puede afirmar que la compatibilidad de los reglamentos adoptados por los gobiernos de los Estados miembros, que son de importancia central en la crisis, también puede ser efectivamente comprobada con el estándar de la Constitución del Estado miembro. Esto resulta en una doble garantía efectiva, al ir al TC del Estado miembro y también al TCF.

3 El Estado de derecho y la lucha contra la pandemia, aspectos de Alemania

El Estado de derecho es el fundamento de la democracia liberal. En el constitucionalismo moderno, el concepto del Estado es sustancial, no meramente formal. Históricamente, la primera etapa se caracterizó por la emergencia del Estado formal de derecho, que culminó en el principio de legalidad. El ejecutivo ha estado sometido a la ley, es decir, al pueblo representado por el Parlamento. La ley expresaba la voluntad general del pueblo. Contemporáneamente, el núcleo del Estado de derecho no es la legalidad, sino la constitucionalidad. Como lo expresó el Consejo Constitucional francés: la ley expresa la voluntad general solamente si es conforme a la Constitución.⁴⁰ Los valores de la Constitución, en particular los derechos fundamentales, forman parte del Estado de derecho. Este último es orientado a los valores. Los derechos fundamentales y la democracia se basan en el Estado de derecho y constituyen una “unidad funcional”.⁴¹

3.1 La legalidad: la base legal para las intervenciones

Es una característica esencial del Estado de derecho formal que cualquier interferencia con la libertad del individuo requiere una base legal formal. En el derecho alemán, esta base jurídica debe ser una ley formal, es decir, una ley aprobada por el Parlamento. Esto expresa la voluntad del pueblo, ya que sus representantes en el Parlamento lo han decidido, lo que también implica el consentimiento del individuo como parte del pueblo para restringir su esfera de libertad.

Sin embargo, la ley también debe estar suficientemente definida para que el ejecutivo, que aplica esta ley, no tenga demasiado margen de maniobra no cubierto por la voluntad del Parlamento. Por consiguiente, la claridad y la certeza de la ley son también elementos importantes del Estado de derecho.⁴²

Cuando una ley interfiere en la libertad del individuo o permite la intervención del ejecutivo, más precisos deben ser los requisitos legales. Cuanto más el individuo esté afectado por la ley, más precisamente la posibilidad de intervención debe ser determinada y limitada por la voluntad del Parlamento. Esto se aplica con particular claridad a las normas penales y de sanción —lo que sin duda desempeña un papel en el contexto de la legislación anticoronavirus—, pero también a los imperativos y prohibiciones de las leyes de seguridad, así como a las autorizaciones al ejecutivo de intervenir, en particular en la esfera de la seguridad sanitaria.⁴³

La ley en cuestión puede ser una ley federal o una ley de un Estado miembro; esto depende del sistema de distribución de las competencias legislativas en el sistema federal alemán. No obstante, la cuestión de la

40 *Décision n. 85-197 DC du 23 aout 1985, considérant 27.*

41 Arnold, Rainer. (2014). L'État de droit comme fondement du constitutionnalisme européen. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 100 (número especial conmemorativo de 25 años de derecho constitucional), 769-776.

42 TCF, vol. 21, 73, 79; vol. 120, 378, 407-408.

43 TCF, vol. 102, 254, 337; vol. 131, 88, 123.

existencia y naturaleza de la base legal para las intervenciones ya es pertinente en esta sección cuando se trata de los requisitos del Estado de derecho.

Por lo tanto, puede decirse desde el principio que las bases legales pertinentes para la crisis de coronavirus cumplen estos requisitos. De importancia central es la Ley federal de prevención y control de enfermedades infecciosas en humanos (ley de protección contra infecciones, para abreviar), del 20 de julio de 2000,⁴⁴ modificada por última vez por el artículo 5 de la Ley de 19 de junio de 2020 (BGBl. (Boletín Oficial Federal) I S. (pág.)1385). Las disposiciones centrales de esta ley son: el párrafo 5, que se aplica en caso de una llamada “situación epidémica de alcance nacional”, que el Parlamento federal determina por resolución. En caso de que se produzca tal situación, la ley otorga al Ministerio Federal de Salud amplias facultades, por una parte, para adoptar medidas individuales (actos administrativos), y, por otra, para emitir reglamentos, es decir, actos normativos. Se señala, de manera declarativa, que las competencias de los Estados miembros no se ven afectadas por ello —lo que no sería posible en absoluto por una ley federal ordinaria, sino que requeriría una reforma constitucional.

Cabe mencionar que los problemas constitucionales están relacionados con algunas de las autorizaciones concretas previstas en esta ley. Se refieren en gran medida a cuestiones de federalismo, y se tratarán más adelante con la debida brevedad —el problema de la emisión de órdenes particulares (actos administrativos) por una autoridad federal y también el problema de la emisión de reglamentos por el ministro federal sin el consentimiento del Consejo Federal. Por otra parte, la posibilidad prevista de modificar las leyes formales por medio de reglamentos se refiere a la temática del Estado de derecho que se ha de tratar aquí.

El párrafo 5 de la Ley, que ha sido revisado, atribuye al Ministerio Federal de Salud una amplia gama de competencias, que parecían necesarias a partir de la experiencia de la pandemia que había estallado poco antes. Así, es posible, según esta disposición, imponer obligaciones concretas a las personas que entran en Alemania procedentes de zonas de riesgo y también a las organizaciones de transporte (en lo que respecta a los viajes por aire, mar, ferrocarril y automóvil) de presentar listas de pasajeros, información sobre los asientos, datos de contacto o, respecto a las personas en cuestión, de someterse a un examen médico, etcétera. El Ministerio puede emitir reglamentos, entre otros, para reglamentar el suministro de medicamentos, vacunas, dispositivos médicos, equipos de protección, etcétera. Esta disposición menciona un gran número de detalles, por lo que se trata de una autorización muy detallada que cumple los requisitos del Estado de derecho. Además, resulta posible que el Ministerio emita reglamentos “para prever el mantenimiento de la atención de la salud en los consultorios ambulatorios, las farmacias, los hospitales, los laboratorios, los centros de prevención y rehabilitación y otros centros de atención de la salud”, y esto en desviación de los requisitos legales vigentes.⁴⁵ Esto parece importante en vista de la muy rápida evolución de la situación de la infección, a fin de encontrar respuestas rápidas y eficientes a los nuevos desafíos. Por esta razón, es comprensible que el ejecutivo, por medio de reglamentos, deba ser autorizado a reaccionar inmediatamente a los cambios que se produzcan emitiendo reglamentos y también desviándose de las leyes ordinarias. La aprobación de una nueva ley o la enmienda de una ley existente en el Parlamento llevaría demasiado tiempo e impediría una gestión eficaz de la crisis.

Además, esta disposición autoriza al Ministerio Federal a adoptar normas —por medio de reglamentos— en desviación de las leyes profesionales que rigen las profesiones de la salud —en particular, profesiones de enfermeros, fisioterapeutas, parteros, asistentes médico-técnicos, etcétera—, especialmente respecto a la duración de los cursos de formación, a los exámenes del Estado y a la realización de las pruebas de competencia y conocimiento. El nuevo párrafo 5.a de la Ley amplía considerablemente la autorización para ejercer una actividad curativa durante una situación de epidemia en el sentido del párrafo 5, apartado 1.

También está de acuerdo con el principio del Estado de derecho que las medidas extraordinarias basadas en el párrafo 5 solo se mantendrán mientras sea necesario. Por esta razón, esta disposición también establece en detalle cuándo terminan las órdenes y los reglamentos. Un importante punto de orientación a este respecto es

44 <https://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/IfSG.pdf>.

45 Cfr. Deutscher Bundestag, Wiss. Dienst. (2020). *Staatsorganisation und § 5 Infektionsschutzgesetz*, WD3-3000-080/20, p. 4-8, con ulteriores referencias; Kersten y Rixen, ob. cit. (nota 14), p. 123-125; TCE, vol. 8, 155, 171-172.

la derogación de que existe una situación de epidemia de alcance nacional. Sin embargo, independientemente de ello, también se especifican las fechas máximas de validez de los reglamentos (por ejemplo, “a más tardar el 31 de marzo de 2021” y restricciones similares que se diferencian con precisión según el tipo de reglamentos).

Otras disposiciones de esta ley son también importantes; son más generales, pero cumplen los requisitos del principio de legalidad, como el párrafo 16, apartado 1: “Si se comprueban hechos que puedan conducir a la aparición de una enfermedad transmisible, o si se supone que tales hechos existen, la autoridad competente adoptará *las medidas necesarias* [itálica del autor] para evitar los peligros que de ellos se deriven para el individuo y para el público en general”. El párrafo 17, apartado 4 es particularmente importante en la práctica: autorización a los gobiernos de los Estados miembros a dictar reglamentos con sujeción a las condiciones del párrafo 16 (y también del párrafo 17, apartado 1) y a transferir esta facultad a otras autoridades.

Cabe destacar que los mencionados párrafos 16 y 17 sirven para la prevención de enfermedades infecciosas, mientras que la quinta sección de la ley, los párrafos 24 y siguientes, están destinados a “combatir” esas enfermedades. De importancia central es el párrafo 28,⁴⁶ que autoriza a la autoridad competente a tomar “las medidas necesarias de protección”. Explícitamente autoriza a obligar a las personas a no abandonar el lugar donde se encuentran (obligación de cuarentena; véase también el párrafo 29) o restringir o prohibir eventos y otras reuniones de personas y cerrar los establecimientos de baño o las instalaciones comunitarias o partes de ellas mencionadas en el párrafo 33 (en particular, guarderías y jardines de infancia, escuelas y otras instituciones educativas, hogares y campamentos de vacaciones).

Es muy importante la autorización a los gobiernos de los Estados miembros para adoptar reglamentos “en las condiciones aplicables a las medidas previstas en los párrafos 28 a 31”, en otras palabras, una autorización de gran alcance para emitir reglamentos. La certeza de la autorización, requerida por razones de Estado de derecho, resulta del hecho de que se hace referencia a las disposiciones detalladas de los párrafos 28⁴⁷ a 31.

También hay que subrayar que existen autorizaciones a los gobiernos de los Estados miembros para adoptar reglamentos no solo para combatir (párr. 32) estas enfermedades, sino también para prevenirlas (párr. 17, apdo. 4), lo que permite una amplia gama de intervenciones. En lo que respecta a las restricciones de los derechos fundamentales, las autorizaciones para adoptar reglamentos contienen referencias detalladas de conformidad con el requisito de citación del artículo 19, apartado 1, 2.ª frase LF (véase el párrafo 17, apartado 7 y el párrafo 32, 3.ª frase).

3.2 Ley y reglamento

Un aspecto importante del Estado de derecho es la cuestión de en qué condiciones y en qué medida el legislador formal puede delegar en el ejecutivo la facultad de adoptar reglamentos. El artículo 80, apartado 1 LF estipula que el legislador debe definir claramente “el contenido, la finalidad y el alcance” de la autorización de emitir reglamentos. Si el poder legislativo formal —el Parlamento— transfiriera al ejecutivo un poder indefinido —es decir, demasiado amplio— para establecer normas mediante reglamentos, se violaría el principio de la separación de poderes y la democracia, lo que también sería una grave violación del Estado de derecho.⁴⁸ El artículo 80, apartado 1 LF establece el requisito de una autorización al ejecutivo bien determinada de dictar reglamentos para las leyes federales. El mismo requisito se aplica a las autorizaciones previstas por las leyes de los Estados miembros, según el principio del Estado de Derecho consagrado en los ordenamientos constitucionales de estos últimos.⁴⁹

46 El párrafo 28, apartado 1 fue reformado debido a la pandemia. Häberle, Peter, y Lutz, Hans-Joachim. (2020). *Infektionsschutzgesetz* (párr., 28, nota marg. 1, p. 66). Múnich: C. H. Beck.

47 El párrafo 28 es relativamente detallado, ya que utiliza términos generales y, si se cumplen ciertas condiciones, autoriza las “medidas de protección necesarias”. El uso de estos términos generales parece necesario, porque el legislador no puede prever con exactitud todas las medidas que serán necesarias. Debe dar a la administración una “flexibilidad limitada” a este respecto.

48 TCF, vol. 78, 249, 272; vol. 150, 1, 101. Véase también Kersten y Rixen, ob. cit. (nota 14), p. 123-124.

49 TCF, vol. 55, 207, 226.

Hay otro requisito para que el ejecutivo esté facultado para dictar reglamentos, que se deriva de la llamada “teoría de los asuntos esenciales”. Esta teoría, desarrollada por la jurisprudencia del TCF, establece que las cuestiones “esenciales” solo pueden ser reguladas por el Parlamento, es decir, por el legislador formal.⁵⁰

Los reglamentos emitidos por los gobiernos de los Estados miembros son de considerable relevancia para superar la crisis. Por eso la gestión de la autorización para emitir reglamentos es particularmente importante. Las restricciones esenciales de los derechos fundamentales en la lucha contra la pandemia se aplicaron mediante tales reglamentos.

En conclusión, puede decirse que las autorizaciones por parte de las leyes federales y aquellas de los Estados miembros, especialmente por parte de la ley federal de protección contra las infecciones, eran constitucionalmente inobjetables en los aspectos que se acaban de describir.⁵¹

Se plantea otra cuestión relacionada con el Estado de derecho, ya mencionada: el nuevo artículo 5 de la ley de protección contra las infecciones prevé la posibilidad de que las leyes ordinarias existentes puedan ser modificadas por reglamentos del Ministerio Federal de Salud. Eso no corresponde a la jerarquía regular de las normas. Sin embargo, la cuestión es si el legislador mismo puede prever, en la ley que está creando, desviaciones de esta última o incluso desviaciones de otras leyes.

Si el propio legislador permite tales desviaciones por reglamento, esto es constitucional, al menos dentro de límites estrechos.⁵² Al menos esto es posible para las desviaciones de la misma ley. Sin embargo, en el presente problema también nos preocupan las desviaciones de otras leyes formales. Se podría asumir que el párrafo 5 de la ley de protección contra infecciones es una *lex specialis* a las otras leyes de las que se supone que es posible desviarse. Ya se ha señalado anteriormente que la situación de emergencia en la pandemia requiere un rápido cambio de las disposiciones legales, por lo que esto debe considerarse permisible en este caso. Además, la validez de esos reglamentos que modifican la ley está limitada en el tiempo, por lo que, a pesar de ciertas reservas, debe aceptarse.⁵³

El Estado de derecho también requiere una protección jurisdiccional amplia y eficaz. En la crisis de coronavirus esto se ha vuelto particularmente importante. En este punto, aunque solo brevemente, se harán algunas observaciones resumidas.

Todas las medidas que interfieran en la libertad del individuo deben estar sujetas a control judicial. Los tribunales administrativos y constitucionales tienen particular importancia en este contexto. Hay más de cien decisiones del TCF —muy a menudo, solicitudes de adopción de medidas provisionales en virtud del párrafo 32 Ley TCF que han sido rechazadas por inadmisibles—, más de cuatrocientas decisiones de los tribunales administrativos supremos (TAS) de los Estados miembros —en su mayoría, solicitudes de adopción de medidas provisionales en virtud del párrafo 47, apartado 6 Código Contencioso Administrativo (CCA) a modo de control de normas, es decir, de reglamentos adoptados por los gobiernos de los Estados miembros—, más de quinientas decisiones de los tribunales administrativos de primera instancia —en su mayoría, solicitudes de medidas urgentes—, muchas menos decisiones de los tribunales ordinarios, laborales, sociales y financieros.⁵⁴

En general, puede decirse que la protección judicial durante la crisis de coronavirus resulta amplia, pero se limita esencialmente a la protección a través de medidas provisionales en el contexto de la jurisdicción administrativa y constitucional. Eso es comprensible a la vista de los rápidos cambios y la necesidad de obtener una decisión suficientemente rápida. Por su propia naturaleza, ese procedimiento se basa en un examen sumario. En el marco del párrafo 47 CCA, tiene como requisito previo que sea “urgentemente necesario para evitar

50 TCE, vol. 98, 218, 251; vol. 131, 88, 121; vol. 139, 19, 45.

51 Cfr. Kersten y Rixen, ob. cit. (nota 14), p. 123-124 (dudas respecto a la conformidad de las autorizaciones a los requisitos del artículo 80, apartado 1 LF en la ley de protección contra infecciones, considerándose necesaria una interpretación restrictiva de estas autorizaciones).

52 TCF, vol. 8, 155, 171.

53 Véase la nota 45.

54 https://dejure.org/corona-pandemie#Verwaltungsgerichtsh_fe__Oberverwaltungsgerichte.

desventajas graves o por otras razones importantes“, y, según el párrafo 32 Ley TCF, que sea “urgentemente necesario para evitar desventajas graves, para evitar la amenaza de violencia o por otra razón importante para el bien común”. Otro requisito previo para la solicitud al TCF es que la protección provisional no pueda lograrse de ninguna otra manera —sobre todo a través de la jurisdicción administrativa, a saber, en virtud del párrafo 47, apartado 6 CCA; el principio de subsidiariedad aplicable en el marco del recurso de amparo también se aplica en el procedimiento de protección acelerada.

La esencia de este procedimiento consiste en comparar las consecuencias de la adopción de la medida provisional, por una parte, y la negativa a adoptar tal medida, por otra. El resultado se obtiene entonces mediante la ponderación de las dos posibilidades. En este contexto, también se examina sumariamente si la solicitud en el procedimiento principal es obviamente admisible y fundada, o si es obviamente inadmisibile o infundada. Una solicitud manifiestamente inadmisibile o infundada en el procedimiento principal no puede ser exitosa ni siquiera en un procedimiento sumario.⁵⁵

En resumen, puede decirse que la protección judicial efectiva está plenamente garantizada como parte esencial del Estado de derecho. Sin embargo, la situación especial requiere que se dé prioridad a la protección de los recursos de urgencia, que, sin embargo, solo prevén una revisión limitada. En lo que respecta al derecho sustantivo, todos los derechos fundamentales se realizan de forma regular, pero, debido al gran peligro que supone para el público en general, las restricciones muy graves de los derechos fundamentales también son confirmadas por los tribunales de conformidad con el principio de proporcionalidad. Dado que el ejecutivo debe hacer pronósticos de riesgo a gran escala, los tribunales deben aceptar que las autoridades tengan un amplio margen de discreción por otra parte. El principio de proporcionalidad también ha llevado a los tribunales a considerar que la medida es demasiado amplia y a restringirla, pero esto solo ha sucedido en raras ocasiones.

4 La lucha contra la pandemia y el federalismo: varios aspectos

4.1 La distribución de competencias legislativas en el sistema federal alemán y su relevancia en el contexto de la pandemia

La Federación alemana se compone de dieciséis Estados miembros que deben considerarse como Estados reales y que básicamente tienen todas las competencias en sus manos, a menos que las hayan transferido a la Federación por la LF. Las competencias legislativas son, en gran medida, las llamadas “competencias concurrentes” (art. 72, apdo. 1 LF), que son originalmente competencias de los Estados miembros pero que pueden transformarse en competencias federales. Esto se hace mediante la adopción de una ley federal, en algunos casos bajo ciertas condiciones establecidas en el artículo 72, apartado 2 LF. Gran parte de estas competencias pueden ser utilizadas por la Federación para adoptar leyes federales sin más condiciones. Sin embargo, para una parte menor de estas competencias debe cumplirse una de las siguientes condiciones: la ley federal debe ser necesaria para preservar la unidad jurídica o económica o bien para la creación de condiciones de vida equivalentes en el conjunto de Alemania.

En el contexto de la lucha contra la pandemia es relevante el artículo 74, apartado 1, número 19 LF, la base competencial para la ley federal de protección contra las enfermedades infecciosas del hombre. Esto significa, según la naturaleza de la competencia concurrente en general, que los Estados miembros conservan su competencia legislativa “en tanto la Federación no haya ejercido su competencia legislativa por ley”. No está del todo claro en qué medida hay todavía espacio para la legislación de los Estados miembros. Baviera ha adoptado una ley de protección contra las infecciones⁵⁶ que contiene normas complementarias a la ley federal. Si el número de infecciones en este Estado miembro alcanzara un nivel muy alto o apareciera en formas tan graves que la salud o la vida de un gran número de hombres o la seguridad de suministro en el sistema de salud pública pudiera estar en grave peligro, el gobierno bávaro podría declarar una emergencia

55 Lechner, Hans, y Zuck, Rüdiger. (2015). *BVerfGG Kommentar* (7.^a ed., párr. 32, notas marg. 20 y ss.). Múnich: C. H. Beck; Würtenberger, Thomas, y Heckmann, Dirk. (2018). *Verwaltungsprozeßrecht* (4.^a ed., p. 223-224). Múnich: C. H. Beck.

56 <https://www.gesetze-bayern.de/Content/Document/BayIfSG>.

sanitaria. Esta es una condición previa para diversas medidas destinadas a garantizar el suministro de material médico, de enfermería y sanitario (posibilidad de incautaciones de tal material seguidas de una orden de venta al Estado, la imposición de prohibiciones de venta, la obligación de producir estos bienes y la obligación de prestar asistencia por parte de ciertas organizaciones). Se puede decir que esta ley está de acuerdo con la ley federal de protección contra las infecciones, aunque el nuevo párrafo 5, apartado 2, número 4 de esta última ley contiene regulaciones parcialmente paralelas a los artículos 2 y 3 de la ley bávara. Sin embargo, el párrafo 5 de la ley federal mencionada solo se aplica si se declara una situación epidémica nacional, no si la infección solo se extiende al Estado de Baviera. En ese caso, solo se aplicaría la ley bávara de protección frente a la ley federal de protección contra la infección. En resumen, se puede suponer que esta ley del Estado miembro está en línea con el sistema de competencias concurrentes.

También hay que mencionar que la protección contra las catástrofes es una competencia exclusiva de los Estados miembros. Así que, para seguir con el ejemplo de Baviera, por eso existe tal ley bávara. Es difícil trazar una línea definitiva entre un evento de infección de gran alcance y una catástrofe, un desastre. Sin embargo, la ley federal de protección contra las infecciones (y, además, la de un Estado miembro con contenido complementario) se considerará un régimen especial, por lo que en las leyes de protección de catástrofes no se aplicarán a este respecto.

4.2 Cuestiones de la competencia ejecutiva

Si bien hasta ahora se ha hablado de las competencias legislativas, debemos abordar en este punto las competencias ejecutivas. Lo importante es el principio de que todas las leyes, tanto las federales como las de un Estado miembro, son ejecutadas por el ejecutivo del Estado miembro bajo su propia responsabilidad (art. 83 LF). Se hace evidente que el núcleo de las medidas anticoronavirus son actos ejecutivos de los Estados miembros, es decir, reglamentos emitidos por los gobiernos de estos últimos. Estos actos ejecutivos son de carácter normativo, como ya se ha mencionado. Además, sigue habiendo órdenes particulares, actos administrativos, que en este contexto se emiten a menudo como actos generales, las llamadas “órdenes generales” (*Allgemeinverfügungen*).⁵⁷

Como parte de las consideraciones sobre el Estado de derecho, ya se ha explicado que se requiere una base jurídica formal para ambos tipos de acción administrativa. Esto se aplica particularmente al reglamento, porque, en este caso, se trata de una transferencia del poder legislativo al ejecutivo; la autorización debe ser especialmente precisa y también tiene un alcance limitado. La nueva versión del párrafo 5 de la ley federal de protección contra las infecciones plantea problemas particulares con respecto al federalismo: la ley autoriza al Ministerio Federal de Salud a emitir órdenes particulares (órdenes, por ejemplo, de dar información del viaje de las personas que entran en Alemania de las zonas de riesgo o a los operadores de turismo u órdenes de que tales personas se examinen por un médico, etcétera) (véanse el párr. 5, apdo. 2, núm. 1 y 2, así como núm. 6,⁵⁸ de esta ley).

Se plantea la cuestión de si una autoridad federal puede emitir tales actos administrativos para la aplicación de una ley federal.⁵⁹ La ejecución de una ley significa aplicarla directamente y emitir actos particulares o reglamentos para este fin. La adopción de reglamentos por parte de las autoridades federales es constitucionalmente permisible si la ley designa a una autoridad federal como destinataria de esta habilitación, lo cual está previsto en el artículo 80, apartado 1 LF. Por otra parte, no está previsto para los actos particulares. Por lo tanto, la

57 <https://dejure.org/corona-pandemie>.

58 El número 6 comprende órdenes particulares para la ejecución de medidas según el párrafo 5 ap. 2 números 4 (a), (c) (g). Se trata de medidas para garantizar el suministro de medicamentos, vacunas, dispositivos médicos, artículos de equipos de protección personal, etcétera. Como ya se ha mencionado, la disposición paralela de la ley de protección contra las infecciones de Baviera sigue existiendo. Sin embargo, esto es solo subsidiario del párrafo 5, apdo. 2, núm. 6 de la ley federal, que se aplica a las situaciones de infección de alcance nacional, pero no a las de alcance regional.

59 Deutscher Bundestag, Wiss. Dienst, ob. cit. (nota 45), p. 9-10; Kersten y Rixen, ob. cit. (nota 14), p. 125-128.

autorización del párrafo 5 de la mencionada ley federal parece constitucionalmente muy dudosa.⁶⁰ El artículo 87, apartado 1 LF enumera las áreas de la propia administración federal con subestructura administrativa. A ella no pertenece la administración federal de salud. Sin embargo, sería posible, de acuerdo con el artículo 87, apartado 3 LF, establecer una corporación o institución de derecho público dependiente directamente de la Federación o autoridades federales superiores autónomas, por ley federal.⁶¹ Eso no ha sucedido todavía. Otra posibilidad es establecer autoridades intermedias e interiores de conformidad con el artículo 87, apartado 3 LF.⁶² Sin embargo, incluso esto probablemente no llevaría a una solución clara.

Otro problema es que los reglamentos que se emitan en virtud del párrafo 5 de la ley de protección contra las infecciones no requieren la aprobación del Consejo Federal. Sin embargo, esto es un requisito previsto por el artículo 80, apartado 2 LF. Cuando un ministerio federal emite reglamentos, está llevando a cabo una actividad que es básicamente responsabilidad de los Estados miembros; como una compensación, este artículo de la Constitución prevé el requisito de la aprobación por el Consejo Federal de los reglamentos federales. De acuerdo con la LF, esto no puede ser omitido⁶³ a menos que una ley federal con el consentimiento del Consejo Federal lo autorice. Lo que prevé el párrafo 5 no es, por lo tanto, cuestionable en términos de la Constitución.

Pueden surgir problemas prácticos por el hecho de que los Estados miembros son autónomos y, por lo tanto, tienen que coordinarse sobre en qué momento toman qué medidas. Se trata de coordinar los objetivos, cuya aplicación concreta y detallada se deja a la discreción y evaluación de los Estados miembros. Es obvio que no se toman medidas uniformes en toda Alemania. El principio de proporcionalidad ya prohíbe esa uniformidad si las situaciones de riesgo difieren de una región a otra.⁶³ Cada uno de los Estados miembros está en mejor posición para evaluar la necesidad de medidas, cada una de ellas orientada a la intensidad de la infección en su propio territorio. El federalismo en su conjunto es mucho más adecuado para un enfoque diferenciado que una estrategia de control centralizada. El federalismo cooperativo tiene un importante papel que desempeñar en la lucha contra la pandemia.

Bibliografía

- Anschütz, Gerhard. (1965). *Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*. Reimpresión de la 14.^a ed. 1933. Bad Homburg v.d. Hoehe: Hermann Gentner Verlag.
- Arnold, Rainer. (2003). Constitutional Courts of Central and Eastern European Countries as a Dynamic Source of Modern Legal Ideas. *Tulane European & Civil Law Forum*, 18, 99-115.
- Arnold, Rainer. (2014). L'État de droit comme fondement du constitutionnalisme européen. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 100 (número especial conmemorativo de 25 años de derecho constitucional), 769-776.
- Deutscher Bundestag, Wiss. Dienst. (2020). *Staatsorganisation und § 5 Infektionsschutzgesetz*, WD3-3000-080/20.
- Geis, Max-Emanuel, Winkler, Markus, y Bickenbach, Christian (eds.). (2015). *Von der Kultur der Verfassung, Festschrift für Friedhelm Hufen zum 70. Geburtstag*. Múnich: C. H. Beck.
- Häberle, Peter, y Lutz, Hans-Joachim. (2020). *Infektionsschutzgesetz*. Múnich: C. H. Beck.

60 Kersten y Rixen, ob. cit. (nota 59), ibidem; Deutscher Bundestag, Wiss. Dienst, ob. cit. (nota 59), ibidem.

61 Cfr. Ibler, Martin. (2020). Art. 86 y art. 87 GG. En Theodor Maunz y Günter Dürig (eds.), *Grundgesetz* (90a supl., art. 86, nota marg. 1, y art. 87, notas marg. 257, 258 y 264). Múnich: C. H. Beck.

62 Véase Ibler, Martin, ibidem (nota 61), notas marg. 226 y ss., 268 y ss. y 274 y ss.

63 De manera crítica Deutscher Bundestag, Wiss. Dienst, ob. cit. (nota 45), p. 9; cfr. también Kersten y Rixen, ob. cit. (nota 14), p. 122.

- Kersten, Jens, y Rixen, Stephan. (2020). *Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise*. Múnich: C. H. Beck.
- Lechner, Hans, y Zuck, Rüdiger. (2015). *BVerfGG Kommentar* (7.^a ed.). Múnich: C. H. Beck.
- Lindner, Franz, Moestl, Markus, y Wolff, Heinrich Amadeus. (2009). *Verfassung des Freistaates Bayern*. Múnich: C. H. Beck.
- Maunz, Theodor, y Dürig, Günter (eds.). (2020). *Grundgesetz*. Múnich: C. H. Beck.
- Merten, Detlev, y Papier, Hans-Jürgen (eds.). (2013). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa* (vol. VIII). Heidelberg: C. F. Müller.
- Merten, Detlev, Papier, Hans-Jürgen, y Arnold, Rainer (eds.). (2016). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa* (vol. IX: Grundrechte in Ostmittel- und Osteuropa). Heidelberg: C. F. Müller.
- Schlaich, Klaus, y Koriath, Stefan. (2018). *Das Bundesverfassungsgericht* (11.^a ed.). Múnich: C. H. Beck.
- Sodan, Helge (ed.). (2018). *Grundgesetz* (4.^a ed.). Múnich: C. H. Beck.
- Württemberg, Thomas, y Heckmann, Dirk. (2018). *Verwaltungsprozeßrecht* (4.^a ed.). Múnich: C. H. Beck.