

Stephan Harbarth* (Alemania)

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania sobre la protección de los derechos fundamentales en tiempos de pandemia**

The jurisprudence of the Federal Constitutional Court of Germany on the protection of fundamental rights in times of pandemic

En Alemania, el control judicial y constitucional de las medidas sanitarias dirigidas a la contención del covid-19 ha estado influido por la organización jurídica estatal de la República Federal de Alemania como un Estado federal. El legislador federal alemán se contuvo durante un tiempo relativamente largo para proporcionar disposiciones sustantivas concretas. La Ley de Protección contra Infecciones (*Infektionsschutzgesetz* - IfSG), sobre cuya base se tomaron las medidas para combatir la pandemia causada por el covid-19, tuvo vigencia mucho antes de la aparición de esta. En primer lugar, los estados federados han emitido “Decretos para la protección contra el coronavirus” o decretos denominados de forma similar sobre la base de una cláusula general amplia establecida en la legislación federal, con los que se regula el uso obligatorio de mascarilla, la exigencia de distanciamiento social, las restricciones de contacto, el cierre de escuelas, entre otros. A pesar de los acuerdos logrados entre los estados federados, las decisiones que cada uno viene tomando han dado lugar a que se encuentren regulaciones muy diferentes entre estados. Estas decisiones también fueron determinadas por la tasa de infección regional. Por regla general, era necesario impugnar judicialmente estos decretos promulgados por los estados federados ante los tribunales administrativos antes de que se pudiera apelar al Tribunal Constitucional Federal.

* Presidente del Tribunal Constitucional Federal de Alemania.

** Título original: Die Rechtsprechung der Verfassungsgerichte und Verfassungskammern der Region zum Schutz der Grundrechte in Zeiten der Pandemie. Traducido al español por John Zuluaga, LL. M.

En noviembre de 2020, el legislador federal alemán logró concebir un fundamento jurídico (§ 28a IfSG) en el que figura una lista de diversas medidas de protección para combatir la pandemia. Cuando la situación se agudizó en la primavera de 2021 debido a la llamada tercera ola, el legislador federal también reaccionó con el denominado “freno federal de emergencia” (§ 28b IfSG), el cual se limitó temporalmente hasta el 30 de junio de 2021. La validez de las medidas individuales previstas en dicha disposición, incluidas las muy estrictas restricciones de contacto, de movilidad nocturna, las restricciones a las instituciones culturales y a los negocios, así como el cierre de escuelas, depende de que se llegue a determinados umbrales en el número de nuevas infecciones en la población.

Desde entonces, el número de casos ha disminuido significativamente. El umbral fijado en el freno federal de emergencia ya no se da en ningún lugar de Alemania, así que las regulaciones regionales por medio de los decretos promovidos por los estados federados tienen nuevamente aplicación y el desmonte de las restricciones mediante aperturas graduales se hace paso a paso.

1. Estadísticas procesales

Un gran número de procedimientos relacionados con la pandemia estaban y siguen pendientes de solución ante el Tribunal Constitucional Federal. El 15 de junio de 2021, el número total de estos procedimientos rondaba los 1.670. De forma desagregada, se trata de casi 650 recursos de amparo constitucional, la mayoría de los cuales (en más del 70% de los casos) se interpusieron junto con un recurso de urgencia para la solicitud de medidas cautelares (*Eilantrag*), 120 recursos de urgencia aislados, cinco procedimientos por conflicto entre órganos constitucionales y una solicitud de divergencia del tribunal constitucional de un Estado federado.¹ Entre los recursos de amparo se encuentra un trámite con 7.000 recurrentes. En el registro general, en el que primero se inscriben expresiones de opinión, consultas y solicitudes procesales que evidentemente no tienen probabilidad de éxito, el 15 de junio de 2021 se encontraban pendientes otros 902 procedimientos relacionados con la pandemia.

Con la entrada en vigor del freno federal de emergencia en abril de 2021, los asuntos ingresados se dispararon temporalmente. Adicional a la gravedad de las injerencias en los derechos fundamentales asociados a las medidas, esto probablemente también se debió al hecho de que en la prensa alemana se afirmó que un recurso de amparo contra la regulación federal generalmente sería admisible de forma inmediata en Karlsruhe, sin agotar previamente los recursos judiciales ante los tribunales que no sean constitucionales.

¹ Estas solicitudes se presentan cuando un tribunal constitucional de un Estado quiere apartarse en la interpretación de la Ley Fundamental de una decisión del Tribunal Constitucional Federal o de un tribunal constitucional de otro estado, a solicitud de ese tribunal constitucional. (N. del T.)

2. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán en el marco de la pandemia causada por el coronavirus

Para la decisión de los casos relacionados con el coronavirus, el Tribunal Constitucional Federal se basa en los estándares procesales y materiales que se han construido durante décadas y que se derivan de la Ley Fundamental y la Ley del Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG). Durante la pandemia no hay un estado de emergencia procesal sobre asuntos constitucionales, sino una protección judicial de carácter constitucional de acuerdo con los estándares legales ordinarios. Las presuntas violaciones de derechos fundamentales abarcan todo el abanico de derechos concebidos en la Ley Fundamental, ya que las medidas repercuten en todos los aspectos de la vida social.

2.1. Jurisprudencia hasta la entrada en vigencia del freno federal de emergencia

Hasta que el freno federal de emergencia entró en vigor, es decir, bajo la vigencia de los decretos de protección contra el coronavirus emitidos por cada uno de los estados federados, numerosos recursos de amparo ya habían sido declarados inadmisibles porque los respectivos querellantes no habían agotado, como exige la ley, los recursos judiciales ante los tribunales no constitucionales correspondientes antes de acudir al Tribunal Constitucional Federal. Así mismo, ante los tribunales administrativos se pueden impugnar disposiciones jurídicas como los decretos para la protección contra el coronavirus y, dado el caso, estos mismos pueden declararlas ineficaces. Por lo tanto, en una serie de decisiones de secciones, el Tribunal Constitucional Federal llegó a la conclusión de que era necesario un trámite judicial previo ante los tribunales no constitucionales sobre los fundamentos de la decisión. Según el citado Tribunal, para la valoración constitucional de las respectivas disposiciones impugnadas resulta fundamental el desarrollo efectivo de la pandemia, así como evaluaciones técnicas –viroológicas, epidemiológicas, médicas, psicológicas, económicas– y el análisis de los riesgos relacionados con las contramedidas adoptadas.

Además, las decisiones que hasta ahora se han tomado al respecto han girado en torno a solicitudes de emisión de órdenes para la adopción de medidas provisionales (*einstweilige Anordnung*), de conformidad con el artículo 32 BVerfGG. De acuerdo con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal, estos procesos urgentes de amparo judicial se limitan regularmente a una ponderación de los efectos. Esto significa que los motivos dados por el respectivo solicitante para la inconstitucionalidad del acto soberano impugnado, en principio, han de quedar fuera de consideración, a menos que el recurso de amparo sobre el asunto principal resulte inadmisibile o evidentemente infundado desde el principio. Sin embargo,

cuando sean notorias, se deben tener en cuenta las posibilidades de éxito en el asunto principal si el hecho de tener que esperar una decisión imposibilita la protección de los derechos fundamentales.

Hasta ahora, la ponderación de los efectos resultó en desventaja para los solicitantes. Además de la alta prioridad otorgada a la protección de la vida y la salud, así como la limitación temporal de las respectivas regulaciones en cuestión, resulta ser aún más importante, entre otras cosas, el hecho de que el Tribunal en general aplica un estándar particularmente estricto cuando se busca la suspensión provisional de la aplicación de normas. Al ponderar los efectos deben tenerse en cuenta las consecuencias sobre todos los afectados por la regulación impugnada, no solo los efectos para el solicitante.

No obstante, en casos concretos, en procesos activados a partir de recursos de urgencia, el Tribunal Constitucional Federal ya ha constatado la existencia de violaciones de derechos fundamentales:

- En abril de 2020, el Tribunal se opuso a la prohibición de reuniones en dos casos. Por un lado, se hacía referencia a una prohibición general de encuentros prevista en un decreto que reguló medidas para enfrentar el coronavirus, sin que se tuviera la posibilidad de considerar las circunstancias concretas del caso particular o de tener en cuenta medidas más moderadas, como la impartición de condiciones específicas (BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 17. April 2020, 1 BvQ 37/20).² En otro caso similar, solo se presentaron consideraciones generales, formuladas sin tener en cuenta las circunstancias del caso individual, que podrían reprocharse a cada reunión (BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 15. April 2020, 1 BvR 828/20).³
- También en abril de 2020, a solicitud de una asociación religiosa islámica, el Tribunal Constitucional Federal suspendió temporalmente la prohibición general de servicios litúrgicos para la práctica común religiosa, según decreto emitido por un estado federado para enfrentar el coronavirus, en la medida en que, según este decreto, no fue posible permitir excepciones a la prohibición con base en solicitudes en casos concretos (BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29. April 2020, 1 BvQ 44/20).⁴
- Deben mencionarse, en especial, los recursos de amparo y los recursos de urgencia con los que se buscaba la imposición de mayores restricciones, es decir, medidas de protección más fuertes en referencia al derecho fundamental a la vida y la integridad personal. El Tribunal Constitucional Federal rechazó los recursos de urgencia respectivos indicando que las autoridades estatales

² Resolución de la Sección Primera de la Sala Primera de 17 de abril de 2020.

³ Resolución de la Sección Primera de la Sala Primera de 15 de abril de 2020.

⁴ Resolución de la Sección Segunda de la Sala Primera de 29 de abril de 2020.

tenían mayor margen de maniobra para el cumplimiento del deber de protección que se deriva de los derechos fundamentales (BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 12. Mai 2020, 1 BvR 1027/20).⁵ Por diversas razones, este margen de maniobra fue extraordinariamente amplio precisamente en el marco de la especial situación generada por el agravamiento de la pandemia, con procesos infecciosos dinámicos y volátiles, y ante la incertidumbre sobre la manera más adecuada de afrontar la crisis.

2.2. Jurisprudencia después de la entrada en vigencia del freno federal de emergencia

Con la entrada en vigor del freno federal de emergencia se introdujo un fundamento jurídico para la puesta en marcha de medidas de protección uniformes a nivel nacional, a fin de prevenir la propagación del coronavirus en el marco de procesos de infección complejos. Por primera vez, las medidas aplicables se derivaron directamente de una ley de carácter federal (nacional).

La Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal ya ha tomado una serie de decisiones acerca del freno federal de emergencia. Hasta ahora, las decisiones que han gozado de una exposición de motivos solo se han adoptado en procedimientos activados por recursos de urgencia. Al contrario, las decisiones sobre el fondo tuvieron lugar solo en aquellos casos en los que los recursos de amparo no fueron admitidos para decisión. En la medida en que estas decisiones contienen una motivación, de ello se desprende que el recurso de amparo fue inadmisibile.

De cierta manera, la primera de las decisiones del Tribunal Constitucional Federal en materia de protección jurídica por medio de recursos de urgencia (*Eilrechtsschutz*), que estuvo relacionada con la restricción de la movilidad nocturna, fue innovadora y marcó tendencia. Las solicitudes de los recurrentes por una orden para la adopción de medidas provisionales dirigidas a suspender temporalmente la disposición legal no tuvieron éxito. Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal –me gustaría enfatizar esto nuevamente– no tomó una decisión sobre la compatibilidad de la restricción de movilidad nocturna con la Ley Fundamental. La decisión se tomó sobre la base de una ponderación de los efectos, en la que la Sala Primera ha considerado que debe aplicarse un estándar particularmente estricto para la derogación provisional de una ley.

Los recurrentes no debieron ser remitidos al agotamiento de los recursos legales ante los tribunales administrativos. Esto debió ser así en razón de la especial circunstancia que rodeó la evaluación de las disposiciones impugnadas, en la que se plantearon principalmente cuestiones constitucionales específicas y, por lo tanto, no era de esperar que se lograra una mejor base para la adopción de una decisión en el marco de una revisión previa por los tribunales no constitucionales.

⁵ Resolución de la Sección Tercera de la Sala Primera de 12 de mayo de 2020.

En este contexto, los recursos de urgencia con los que a la vez se interpusieron recursos de amparo no eran evidentemente infundados, pero tampoco evidentemente fundados, pues en vista del margen de apreciación del legislador, no era evidente que la restricción de la movilidad nocturna para combatir la pandemia fuera claramente inadecuada, innecesaria o inapropiada. La evaluación del legislador, según la cual las limitaciones a la movilidad son un medio eficaz para restringir los encuentros privados en el espacio privado, no es inverosímil en vista de los resultados de estudios científicos. El legislador no reguló al azar las restricciones de movilidad nocturna, sino que se basó en estudios científicos sobre los efectos de dichas restricciones en varios países. No era evidente otra opción igualmente eficaz y, al mismo tiempo, menos invasiva. El recurso al umbral de un determinado límite de incidencia también era comprensible, porque por encima de este valor límite ya no resultaba posible hacer un seguimiento de los contactos.

Al ponderar los efectos, la Sala del Tribunal Constitucional Federal tuvo en cuenta, por un lado, las cargas nada despreciables para los afectados, claramente puestas de manifiesto en la multitud de procedimientos y el abanico de proyectos de vida expuestos en ellos. Por otro lado, la Sala tuvo en cuenta los considerables peligros –que resultan difícilmente previsibles con base en la situación fáctica actual– de un aumento continuo del número de infecciones, que posiblemente requiriesen restricciones mucho más intensas de los derechos fundamentales. Otro factor decisivo fue que la suspensión de la movilidad se enmarcaba en un periodo de tiempo en el que la tasa de movilidad de la población en su conjunto estaba, según el estado de los conocimientos, al menos por debajo del 10%. La medida también estuvo vinculada al umbral de incidencia acumulada en la última semana, con un límite de 100 nuevas infecciones por cada 100.000 habitantes, y se extendía como máximo hasta el 30 de junio de 2021. Además, se previeron unas disposiciones legales excepcionales que garantizaban ciertas opciones para la adaptación individual de las medidas, como la compatibilidad de la actividad profesional y la asistencia a personas que requirieran ayuda. En resumen, los estrictos requisitos para la derogación provisional de una ley no se cumplieron.

Con una argumentación similar, la Sala Primera también rechazó algunas solicitudes que impugnaban, por ejemplo, restricciones de contacto, restricciones al comercio minorista, a instalaciones recreativas y para el deporte de aficionados, o la prohibición del funcionamiento de instalaciones culturales. Al menos en el procedimiento promovido por medio de recursos de urgencia, el Tribunal Constitucional Federal no pudo constatar desventajas tan graves para los recurrentes que hubiesen requerido suspender provisionalmente la Ley contra Infecciones (IfSG), ya que el legislador ha promulgado las medidas basado en una previsión de riesgo con un fundamento razonable. Además, se trata de pilares en una estrategia general razonable dirigida a debilitar el proceso de infección.

Para la preparación de las decisiones pendientes, la Sala Primera se encuentra recopilando opiniones e información adicional. Entre otras cosas, se trata de establecer

cuáles conocimientos acerca de las vías de transmisión del covid-19 (incluidas sus variantes) se encuentran disponibles ahora, qué tan significativos son los valores de incidencia como indicador de la pandemia y qué medidas alternativas están disponibles en lugar de las restricciones de contacto y toques de queda.

Esta es la manera de proceder que ha adoptado el Tribunal Constitucional Federal hasta el momento.