

## **¿ VULNERACION DE DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES RECONOCIDOS EN EUROPA POR LA CRISIS COVID'19?**

### **I.- INTRODUCCIÓN. PRESENTACIÓN DE LA GAIE**

Finalizado el actual periodo de "desescalada" todos esperamos ya "la vuelta a la normalidad". Sin embargo nos preguntamos si realmente volveremos al punto de partida en el que estábamos antes de la crisis sanitaria o si en realidad y como todos ya intuimos, asistiremos a un escenario totalmente nuevo.

En concreto, nos preguntamos si los derechos y libertades que fueron conquistados por Europa después de la 2ª GM -de la que ahora se conmemoran los 75 años de su finalización – han "resistido" a la pandemia , o si por el contrario están también siendo víctimas del "Covid'19" y en ese caso, qué secuelas pueden sufrir estos derechos y libertades que están reconocidos tanto en el ámbito de la Unión Europea, tanto en La Carta de DDFF de la UE (Niza, 2000) , como en el ámbito del Consejo de Europa tanto en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Roma, 1950) así como en la Carta Social Europea (Turin, 1961) .

Desde el Grupo de Abogados de Instituciones Europeas (G.A.I.E.) , grupo de trabajo creado en el marco de la Comisión de las RRII del ICAB , que ha nacido con la vocación de promover y difundir el derecho europeo, os invitamos a acompañarnos en esta reflexión y para ello hemos realizado este breve dossier en el que repasamos algunos de los derechos fundamentales que se han visto limitados durante la crisis sanitaria formulamos interrogantes sobre lo que nos prepara el futuro en materia de derechos humanos y derechos fundamentales y sobre los que desde la Abogacía deberemos ir encontrando respuestas y recordamos que existen colectivos per se son más vulnerables que en condiciones de normalidad y en condiciones de excepcionalidad son especialmente vulnerables.

Por último, queremos invitaros a participar en los proyectos en los que estamos trabajando actualmente como la colaboración del ICAB con el **Observatorio internacional para la abogacía en riesgo(OIAD) en defensa abogacía amenazada** o el acuerdo en vías de formalización con Human Rights Wath.

G.A.I.E.  
Grupo Abogados Instituciones Europeas

## **II.- DERECHO A LA SALUD (INDIVIDUAL Y COLECTIVA) Y A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

### **Beatriz Gil Vallejo**

El derecho a la salud es un derecho fundamental reconocido en el art. 43 de nuestra Constitución así como en el art. 35 de la Carta DDFF(U.E.) y en el art 8 del CEDH (Consejo de Europa)

El derecho a un proceso con todas las garantías que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva es igualmente un derecho fundamental reconocido en el art. 24 de la Constitución ,en art. 47 de la Carta DDFF (U.E.) y en el art 6 del CEDH.

¿Colisionan estos dos derechos fundamentales en una justicia digital?

Con la aprobación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, a partir del 1 de enero de 2016 se anunció que el sistema telemático llegaba a la Justicia para facilitar la presentación de escritos y documentos.

A pesar de ello la crisis sanitaria ha puesto de manifiesto que la justicia digital nunca llegó a ser una realidad y que la Administración de Justicia sigue anclada en el siglo pasado. Ello ha provocado por una parte que no fuera posible adaptarse como el resto de sectores al trabajo telemático, y por otra parte, que se hayan tenido que adoptar medidas con carácter de urgencia. Algunas de estas medidas se integrarán definitivamente en nuestras leyes procesales tras las correspondientes reformas, para dar respuesta no ya sólo a la protección a la salud, como ahora ocurre sino especialmente para descongestionar una Administración de justicia que ya estaba colapsada y que verá agravada su situación tras el “parón” de los meses de inactividad.

En las reformas que se lleven a cabo será necesario realizar un profundo análisis de los distintos actos y procedimientos en cada jurisdicción, valorando sus especialidades, a fin de valorar si su realización telemática conlleva o no un sacrificio legítimo de ciertas garantías procesales proporcional y legítimo con el fin que se persigue de agilización de la justicia, porque no podemos olvidar que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas forma parte también del derecho a la tutela judicial efectiva.

Desde un punto de vista realista todo apunta a que resultará imposible no sacrificar determinadas garantías en determinados procesos (por ejemplo vistas cuya única prueba sea la documental) aprovechando los sistemas telemáticos en aras a una justicia más moderna y que permita dar una respuesta más rápida que la que actualmente se da al ciudadano.

Pero como decimos, ese debate deberá tener lugar en el marco de las correspondientes reformas legislativas que se producirán en un futuro no muy lejano.

,Sin embargo, en este momento, la valoración sobre el sacrificio de garantías procesales en una justicia digital, no puede ceñirse al ámbito procesal sino que

ha de tener en cuenta muy especialmente las circunstancias actuales que vivimos y por ello cobra especial relevancia el **derecho fundamental a la salud**, que habrá de adoptar un especial protagonismo en la ponderación de derechos en juego.

A este espíritu ha respondido el 28 de abril, se aprobó el Real Decreto-Ley 16/2020 de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID 19 en el ámbito de la Administración de Justicia estando expresamente previsto en el art. 19 que "durante la vigencia del estado de alarma y hasta tres meses después de su finalización, constituido el Juzgado o Tribunal en su sede, los actos de juicio, comparecencias, declaraciones y vistas y, en general, todos los actos procesales, se realizarán preferentemente mediante presencia telemática, siempre que los Juzgados, Tribunales y Fiscalías tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello".

Del primer párrafo del art. 19 se desprende claramente el derecho de los abogados a solicitar la realización telemática de todo acto procesal durante los siguientes tres meses a la finalización del estado de alarma, ahora bien, la pregunta es qué ocurre en el supuesto de que el Juzgado se acoja a la coletilla final que parece dejar la puerta abierta a la realización presencial si no se dispone de los medios necesarios.

Se abren varios interrogantes:

¿Cómo queda acreditado que no se dispone de los medios técnicos para ello y que realmente no estamos ante una decisión meramente de "comodidad" de la oficina judicial – que puede incluso desconocer el uso de las tecnologías - o incluso del Tribunal - que puede simplemente preferir la inmediatez como una opción personal?

En este último supuesto: ¿Puede el Tribunal hacer caso omiso de la ley e imponer un criterio distinto obligando a la asistencia presencial?

¿Tiene el abogado derecho a negarse a asistir al acto presencial invocando su derecho fundamental a la salud debiendo el juzgado posponer el acto procesal a una fecha posterior (finalizado el periodo de tres meses posteriores al fin del estado de alarma)?

Y por último desde el ámbito de los DDFF nos debemos preguntar también si cada abogado o Tribunal puede dar una respuesta diferente, como estamos habituados a hacer aplicando siempre la casuística, o si bien, en este caso y ante las especiales circunstancias en las que nos encontramos se debe entender que el derecho preponderante en juego no es el derecho a la salud individual, pudiendo renunciar al mismo, sino que lo es el **derecho a la salud colectiva**, y por tanto, no cabe otra respuesta que someterse a las directrices del art. 19 del Real Decreto lo que obliga a los juzgados y Tribunales a señalar todos los actos telemáticamente hasta tres meses después del estado de alarma y posponer por tanto aquellos que a su juicio o al de las partes, no pueda realizarse telemáticamente sin las debidas garantías.

### **III.- CORONAVIRUS Y LIBERTAD DE MOVIMIENTO, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INTIMIDAD**

#### **Santiago Nadal Arce**

La crisis del coronavirus y el consiguiente Estado de Alarma decretado por el Gobierno y renovado por el Congreso de los diputados están incidiendo en los Derechos Fundamentales de los ciudadanos españoles, en diversas maneras. Unas son ya efectivas; otra "amenazan" con instalarse pronto.

#### **1.- CONFINAMIENTO Y LIBERTAD DE MOVIMIENTO**

##### **1.1.- Residencia forzosa**

El Gobierno ha establecido medidas de residencia forzada de los ciudadanos en sus hogares. Sólo se permite la salida, a determinados colectivos y en determinadas circunstancias.

Esta situación se va aligerando. Pero se oyen muchas voces, que anuncian su prolongación, para las personas llamadas "de riesgo". Mayores de 65 años o enfermos que pueden estar en peligro podrían estar cerrados hasta fin de año.

##### **1.2.- Confinamiento "voluntario"**

El Gobierno central y el de algunas Comunidades Autónomas han planteado la posibilidad de confinar en hoteles a los enfermos de coronavirus, que no tengan síntomas aparentes. Este confinamiento sería voluntario: sólo se aconsejaría y propiciaría, pero quien quisiera podría irse.

##### **1.3.- ¿Qué dice nuestro Derecho?**

El **Art. 19** de la **Constitución Española** dice:

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

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

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos no trataba este derecho directamente. Sin embargo, su **Protocolo Adicional IV** lo recoge claramente:

*Artículo 2. Libertad de Circulación*

*1. Toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a escoger libremente su residencia.*

*2. Toda persona es libre de abandonar un país cualquiera, incluso el suyo.*

*3. El ejercicio de estos derechos no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros.*

*4. Los derechos reconocidos en el Párrafo 1 pueden igualmente, en ciertas zonas determinadas, ser objeto de restricciones previstas por la ley y que estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática.*

La **Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea** dice:

*Artículo 45.- Libertad de circulación y de residencia*

*1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.*

*2. Podrá concederse libertad de circulación y de residencia, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro.*

## **2.- "FAKE NEWS" Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN**

### **2.1.- ¿Más allá de los Delitos de Odio? Control de las Fake News**

El Art. 510 del Código Penal español castiga los llamados "delitos de odio". A quien, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a ideología, religión o creencias, situación familiar, etnia, raza o nación, orientación sexual, género, enfermedad o discapacidad:

- Promueve o incita al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo ... o contra una persona ...
- Lesiona la dignidad de las personas mediante ... humillación, menosprecio o descrédito, por los mismos tipos de motivos.

Existen normas similares, en la mayoría de los países europeos.

Nuestro Código Penal y las equivalentes normas europeas se están utilizando, más allá de su objetivo inicial, para controlar la libertad de expresión en Internet.

Por ejemplo, en nuestro país, políticos próximos al Gobierno han requerido a la Fiscal General, para que investigue las Fake News, lanzadas para criticar las decisiones gubernamentales, derivadas del Estado de Alarma; y la Fiscal General ha anunciado que lo hará.

## **2.2.- ¿Qué dice nuestro Derecho?**

El **Art. 18** de la **Constitución Española** dice:

3. *Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.*

El **Art. 20** de la **Constitución Española** dice:

1. *Se reconocen y protegen los derechos:*

- a) *A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.*

- b) *A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.*

- c) *A la libertad de cátedra.*

- d) *A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.*

2. *El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.*

...

4. *Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.*

5. *Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.*

El **Convenio Europeo de Derechos Humanos** dice:

*Artículo 10. Libertad de expresión.*

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar*

*informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.*

*2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.*

La **Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea** dice:

*Artículo 11.- Libertad de expresión y de información*

*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.*

*2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.*

### **3.- DERECHO A LA INTIMIDAD**

#### **3.1.- Control del teléfono móvil**

Las grandes empresas de telefonía han puesto a disposición del Gobierno los datos de los usuarios de teléfono móvil. Cada 24 horas y todos los días, Telefónica, Orange y Vodafone aportan los datos de los usuarios, recopilados en base al posicionamiento de sus móviles.

Envían los datos al Instituto Nacional de Estadística. En función de dónde se localice el móvil, se puede conocer la movilidad de la población y el cumplimiento de las medidas de confinamiento.

El objetivo es que el Gobierno tenga herramientas, que le permita tomar decisiones en la lucha contra el virus.

Las compañías afirman que los datos que transmiten son anónimos y agregados. Luego no se podría saber qué hace cada persona concreta.

## 2.2.- Control mediante apps especializadas

Diversas compañías están desarrollando "apps" de control del coronavirus. Estas "app" permitirán a las personas (y a las autoridades) saber (i) si están enfermos; y (ii) si hay enfermos de coronavirus cerca.

En el caso de las personas, se trata de evitar las "zonas peligrosas"; en el caso del Gobierno, de saber dónde hay estas "zonas", y actuar en consecuencia.

## 2.3.- Un posible pasaporte, para los sanos

Algunos miembros del Govern de la Generalitat han propuesto la emisión de "pasaportes", para las personas que hayan superado la enfermedad y / o no sean contagiosos, previo examen y control médico. Estos "salvoconductos" permitirían a la persona circular más o menos libremente.

## 2.4.- ¿Qué dice nuestro Derecho?

El **Art. 18** de la **Constitución Española** dice:

*1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*

.....

*4. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.*

*5. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.*

El **Artículo Primero** de la **Ley Orgánica de Protección al Honor, la Intimidad y la Propia Imagen** dice:

*1. El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el Artículo 18 de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica.*

*2. El carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el Artículo 9 de esta Ley.*

*3. El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible.*

La **Ley Orgánica de Protección de Datos** establece:

*Artículo 5. Deber de confidencialidad*

- 1. Los responsables y encargados del tratamiento de datos así como todas las personas que intervengan en cualquier fase de este estarán sujetas al deber de confidencialidad al que se refiere el artículo 5.1.f) del Reglamento (UE) 2016/679.*
- 2. La obligación general señalada en el apartado anterior será complementaria de los deberes de secreto profesional de conformidad con su normativa aplicable.*
- 3. Las obligaciones establecidas en los apartados anteriores se mantendrán aun cuando hubiese finalizado la relación del obligado con el responsable o encargado del tratamiento.*

*Artículo 6. Tratamiento basado en el consentimiento del afectado.*

- 1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.11 del Reglamento (UE) 2016/679, se entiende por consentimiento del afectado toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que este acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen.*
- 2. Cuando se pretenda fundar el tratamiento de los datos en el consentimiento del afectado para una pluralidad de finalidades será preciso que conste de manera específica e inequívoca que dicho consentimiento se otorga para todas ellas.*
- 3. No podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual.*

*Artículo 8. Tratamiento de datos por obligación legal, interés público o ejercicio de poderes públicos.*

- 1. El tratamiento de datos personales solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una obligación legal exigible al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1.c) del Reglamento (UE) 2016/679, cuando así lo prevea una norma de Derecho de la Unión Europea o una norma con rango de ley, que podrá determinar las condiciones generales del tratamiento y los tipos de datos objeto del mismo así como las cesiones que procedan como consecuencia del cumplimiento de la obligación legal. Dicha norma podrá igualmente imponer condiciones especiales al tratamiento, ... como medidas adicionales de seguridad u otras establecidas en el capítulo IV del Reglamento (UE) 2016/679.*
- 2. El tratamiento de datos personales solo podrá considerarse fundado en el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable, en los términos previstos en el artículo 6.1 e) del Reglamento (UE) 2016/679, cuando derive de una competencia atribuida por una norma con rango de ley.*

El **Convenio Europeo de Derechos Humanos** dice:

*Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.*

*1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

*2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.*

La **Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea** protege el derecho a la intimidad de las personas, en sus artículos 7 y 8.

*Art. 7.- Respeto de la vida privada y familiar*

*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones.*

*Art. 8.- Protección de datos de carácter personal*

*1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.*

*2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a obtener su rectificación.*

*3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.*

#### **IV.- LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD Y EL DERECHO A LA VIDA ÍNTIMA Y FAMILIAR. ARTÍCULO 8 CEDH. REFLEXIONES EN EL CONTEXTO DE LA CRISIS SANITARIA**

**Cristina del Alcázar Viladomiu**

La situación de crisis sanitaria azota y pone en riesgo el derecho fundamental a la integridad física (artículo 15 CE) y derecho a la salud (artículo 43 CE) de todos los ciudadanos, incluidos aquellos que se hallan privados de libertad quienes son un colectivo más vulnerable en este contexto de crisis sanitaria con motivo de la restricción de su derecho a la vida íntima y familiar (artículo 8 CEDH), entre otras razones.

La privación de libertad además de comportar el sufrimiento inherente de verse privado del derecho a la autodeterminación personal (regla 3 de las Reglas mínimas de tratamiento de los reclusos, Reglas de Nelson Mandela) también inflige el sufrimiento añadido de ver diluido el derecho a la vida íntima y familiar, que si bien no es un derecho fundamental positivizado en el artículo 18 CE si que es un derecho humano contenido en el artículo 8 CEDH, de invocación y aplicación directa. Respecto del citado derecho y sus restricciones, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que forma parte del derecho a la vida íntima y familiar que las autoridades penitenciarias permitan o ayuden a la persona privada de libertad a mantener contacto con su familia (STEDH *Khoroshenko v. Russia* [§ 110). También se ha declarado que las medidas limitativas de esos contactos no tienen porque ser *per se* una injerencia en el derecho a la vida privada y familiar siempre que no obedezcan a una arbitrariedad y estén justificadas desde el prisma de necesidad en orden a asegurar un objetivo e interés legítimo como puede ser razones de seguridad (*Lorsé y otros v. the Netherlands*, 2003, § 83-86) o como ahora sucede, razones de salud pública.

La Administración Penitenciaria, igual que otras administraciones, están adoptando medidas que intentan conjugar distintos derechos, todo ellos recogidos en el CEDH. Con la medida consistente en suspender visitas de familiares, amigos y allegados a las personas privadas de libertad se pretende velar por los derechos a la integridad física y a la salud de los internos, si bien con ello se restringe todavía más el derecho a la vida íntima y familiar de las personas privadas de libertad, diluyéndose los vínculos con el exterior. Nos encontramos pues ante un supuesto de ponderación de derechos. A fin de paliar esa merma en el derecho a la vida íntima y familiar se ha incentivado mecanismos de telecomunicación electrónicos y digitales, tales como videoconferencias.

Nuestra normativa penitenciaria prevé todo un abanico de posibilidades de

comunicación con los allegados y seres queridos (escritas, orales, telefónicas, íntimas, etc). Nada dice en relación a las comunicaciones mediante nuevos sistemas que nacieron con posterioridad al Reglamento Penitenciario de 1996 y Ley General Penitenciaria de 1979, habiendo quedado desfasadas ambas normas en ese sentido. Ello no ha sido obstáculo para que los sistemas de comunicación mediante videoconferencia no puedan ser utilizados para comunicarse con abogados, ni tampoco para que naciera un programa piloto para los internos extranjeros en el sistema penitenciario catalán en el año 2016 con la finalidad de suplir esa falta de contacto con familiares que no se hallaban en territorio español y no podían visitarles. Ahora se acude a las nuevas tecnologías para tratar de paliar esa restricción del derecho.

Atendiendo al escenario de crisis en el que nos encontramos y cómo el mismo ha acelerado la implantación de los sistemas de comunicación digital en todos los estratos sociales y ámbitos de la sociedad, incluida la prisión, sólo queda ser conscientes y advertir de que tales sistemas de comunicación no pueden quedarse para sustituir los contactos de carácter personal propios de las visitas de los familiares y amigos en centro penitenciario, como parece que ya se ha instaurado en otros países<sup>1</sup>, pues ello podría suponer una injerencia no justificada en la vida privada y familiar y una agravación del sufrimiento inherente a la privación de libertad. Todo lo contrario, deben quedarse pero no para sustituir las comunicaciones personales sino para constituirse como un tipo de comunicación más, con carácter acumulativo. En efecto, a las visitas orales, íntimas, familiares, y comunicaciones escritas, telefónicas ya existentes (artículo 41 y ss RP) debe añadirse otro tipo de comunicación más con carácter acumulativo, éstas son las telecomunicaciones electrónicas o digitales, a las que aluden las Reglas de Nelson Mandela (regla 63) con carácter acumulativo a las visitas.

Sólo así se esta ante un sistema penitenciario que haga efectivo ese derecho a la vida privada y familiar y fortalezca los vínculos con el exterior .

---

<sup>1</sup> Véase [https://www.elconfidencial.com/mundo/2018-01-19/eeuu-prisiones-visitas-skype-videollamadas\\_1506838/](https://www.elconfidencial.com/mundo/2018-01-19/eeuu-prisiones-visitas-skype-videollamadas_1506838/)

## **V.- CRISIS SANITARIA Y DERECHO DE PROPIEDAD**

**Marta Montserrat Areny Guerrero**

### **1.- Contexto actual y criterios generales del derecho a la propiedad**

El proceso de internacionalización de los derechos humanos ha superado el principio clásico de la competencia exclusiva del Estado y los mecanismos protectores son básicos para garantizar el estado de derecho. Actualmente la Unión Europea tiene su propio texto recopilatorio de derechos fundamentales, en vigor desde hace ya una década y que convive de forma paralela con el Consejo de Europa.

El desafío de la crisis sanitaria acompañada de graves consecuencias económicas abre el debate, para observar si se han respetado los derechos fundamentales, y si pueden verse afectados, como consecuencia del Real Decreto y sus respectivas prórrogas.

El primer garante de estos derechos debe ser el Estado, quien a través de la independencia de sus tres poderes debe garantizar cada uno de los derechos fundamentales y solo podrá sacrificarlos previa ponderación con otros derechos fundamentales que caso por caso han sido valorados en la jurisprudencia de nuestro intérprete constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Es interesante apuntar que la motivación del estado de alarma es para garantizar la salud pública, para ponderar la posterior injerencia, justificación, proporcionalidad y oportunidad de afectación de otros derechos fundamentales. La exposición de motivos, del Real Decreto 463/2020, que declara el estado de alarma de forma expresa aclara que limita derechos no los suspende *"Las medidas que se contienen en el presente real decreto (...) no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental, tal y como prevé el artículo 55 de la Constitución"*.

Es necesario, distinguir el núcleo esencial del derecho a la propiedad como derecho fundamental Art. 33 CE que debe garantizar el Estado, de otros principios programáticos como políticas sociales; porque el Tribunal Constitucional respecto al artículo 86 ha interpretado, que la cláusula restrictiva "no podrán afectar", no debe reducir a la nada el decreto-ley, como instrumento normativo previsto por la Constitución, ni permitir que por decreto-ley se regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del Estado o se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos (STC 111/1983).

En estos breves apuntes analizaré desde tres puntos de vista del derecho: regulación, mecanismos protectores para garantizar el derecho, reflexiones casuísticas en torno al Covid-19 y conclusión.

### **2.- Regulación**

El Art. 33 de la Constitución Española proclama el derecho a la propiedad privada, junto a la función social, reserva legal y única privación posible mediante indemnización.

- Art. 33 CE: "*1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.*"

La regulación supranacional del derecho a la propiedad, está recogida en.

- la Declaración Universal de derechos Humanos " Art. 17 1. *Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. 2. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.,*
- la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea "Art. 17.- Derecho a la propiedad *1. Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general. 2. Se protege la propiedad intelectual.*" (ambas recogen el derecho de la propiedad en el Art.17),
- el Convenio Europeo de Derechos Humanos Artículo 1 del Protocolo Adicional al CEDH, que dice lo siguiente: "*Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del derecho internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas.*"

El derecho a la propiedad está entre los derechos que pueden ser limitados con la declaración del estado de alarma, (artículos 11 y 12) Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, pero la decisión de intervención supondrá una correlativa compensación económica:

- **Artículo 3º.** *Uno. Los actos y disposiciones de la Administración Pública adoptados durante la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio serán **impugnables en vía jurisdiccional** de conformidad con lo dispuesto en las leyes.*
- Dos. **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.*
- **Artículo 11.** *Con independencia de lo dispuesto en el artículo anterior, el decreto de declaración del estado de alarma, o los sucesivos que durante su vigencia se dicten, podrán acordar las medidas siguientes:*

a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.

b) Practicar **requisas temporales de todo tipo de bienes** e imponer prestaciones personales obligatorias.

c) **Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados.**

d) **Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad.**

e) Impartir las órdenes necesarias para **asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción** afectados por el apartado d) del artículo cuarto.

- **Artículo 12.** Uno. En los supuestos previstos en los apartados a) y b) del artículo cuarto, la Autoridad competente podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas, la protección del medio ambiente, en materia de aguas y sobre incendios forestales.  
Dos. En los casos previstos en los apartados c) y d) del artículo cuarto el Gobierno podrá acordar la **intervención de empresas o servicios, así como la movilización de su personal**, con el fin de asegurar su funcionamiento. Será de aplicación al personal movilizado la normativa vigente sobre movilización que, en todo caso, será supletoria respecto de lo dispuesto en el presente artículo.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han reconocido que este derecho en su doble dimensión como institución y derecho subjetivo, se manifiesta en diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos ( STC 37/1987 de 26 de marzo FJ 2), y en la actualidad el derecho constitucional a la propiedad privada puede recaer tanto sobre bienes como sobre derechos.

El Tribunal Constitucional ha establecido que el legislador tiene que respetar siempre el contenido esencial del derecho, no puede sobrepasar " *las barreras mas allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad*" (STC 170/1989 de 19 de octubre F.8.b); y que el concepto de expropiación o privación forzosa de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos por causa justificada de utilidad pública o interés social está implícito en el art 33 CE .

Dentro del derecho a la propiedad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha incorporado no solo bienes e inmuebles, sino derechos como propiedad industrial, marcas, viviendas o expectativas futuras exigibles legítimas: como el derecho de un arrendatario que invierte en la construcción de unas naves, con una legítima expectativa de explotación de sus derechos de 42 años, al tener derecho el contrato inicial por 21 años a una prórroga pactada de otros 21 años; que al ser denegada por el gobierno, generó obligación de indemnización por pérdida de valor de su inversión y frustrar las expectativas legítimas.

### **3.- Mecanismos protectores**

Si bien es un derecho fundamental, nuestro texto constitucional lo ha excluido del recurso de amparo, proceso para la protección de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución.

Por tanto, la protección jurisdiccional del afectado podría ser la promoción de una cuestión de inconstitucionalidad a instancia de parte o el previo recurso de inconstitucionalidad que haya podido instarse fuera del procedimiento específico del demandante.

También podría utilizarse el procedimiento administrativo especial, preferente y sumario de protección de derechos fundamentales, al acordar la administración un acto concreto en aplicación de una norma que limita el derecho.

Y por último, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos una vez agotada la vía judicial previa, será el último garante de la presunta violación del derecho por parte del estado.

No se ha hecho referencia al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues de no aplicar una norma o un acto concreto de una institución de la UE, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no será aplicable, pero si del examen exhaustivo por ejemplo de la Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el art. 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2016/C 262/01), resultara de aplicación una norma o jurisprudencia de la Unión Europea, por conexión sería aplicable el respeto del derecho a la propiedad recogido en el Art. 17 CDFUE.

### **4.- Casuística Covid-19**

Las medidas que han podido afectar y limitar el derecho de propiedad han sido de dos tipos:

1.- Intervención directa de recursos: el gobierno con fines de complementar los recursos de la sanidad pública, sin recursos suficientes en la situación de pandemia, ha intervenido bienes sanitarios (mascarillas, respiradores, test, instalaciones servicios y personal de la sanidad privada o proveedores ) y no sanitarios (hoteles para medicalizarlos, realizar aislamientos voluntarios o seguimiento de casos asintomáticos).

También se realizó la intervención de residencias de ancianos a diversos niveles de dirección y gestión.

2.- Intervención en la economía de mercado mediante normas de política social: que implican una limitación a titulares de derechos de propiedad por pérdida de utilidad económica de bienes (regulación del precio máximo de compra de las mascarillas, regulación de moratorias en arrendamientos, o reducción de rentas ...).

La introducción de las limitaciones acordadas, no pueden desconocer su contenido esencial, pues no es una regulación general del derecho, sino una privación o

supresión parcial del mismo aunque predicada por una norma de forma generalizada, que se traduce en un despojo de situaciones jurídicas individualizadas, no tolerado por la norma constitucional, salvo que medie la indemnización correspondiente. (STC 227/1988 de 29 de noviembre).

Estas medidas, aprobadas como instrumentos de gestión del estado de alarma por la crisis sanitaria producida por el COVID-19, pueden ser objeto de control. Deberá analizarse si han supuesto una injerencia en el derecho a la propiedad y si cumplen las exigencias de **necesidad, justificación y proporcionalidad** (Sentencia del TC 76/1990), que, según el artículo 1 de la Ley Orgánica 4/1981, justifican la adopción de medidas durante la vigencia del estado de alarma: *“las estrictamente **indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad. Su aplicación se realizará de forma proporcionada a las circunstancias.**”*

La limitación del derecho fundamental de propiedad, deberá ser compensado por el estado, mediante la compensación del perjuicio que podrá canalizarse a través del Artículo 120 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa, que establece que, *“Cuando por consecuencias de graves razones de orden o seguridad públicos, epidemias, inundaciones u otras calamidades, hubiesen de adoptarse por las Autoridades civiles medidas que implicasen destrucción, detrimento efectivo o requisas de bienes o derechos de particulares sin las formalidades que para los diversos tipos de expropiación exige esta Ley, el particular dañado tendrá derecho a indemnización de acuerdo con las normas que se señalan en los preceptos relativos a los daños de la ocupación temporal de inmuebles y al justiprecio de los muebles, debiendo iniciarse el expediente a instancia del perjudicado y de acuerdo con tales normas.”*

**El debate central que admitirá discusiones, estará en la superación del juicio de justificación, necesidad, proporcionalidad o ponderación** de derechos que exige:

- Que el fin (salud pública y derecho a la vida), que se persigue mediante la limitación del derecho fundamental sea legítimo y **justificado**: parece que este filtro lo pasan las que se han hecho a través de intervención directa de bienes; pero el estado de alarma no está justificado por razones económicas, por lo que las que han sido con la finalidad de intervención económica podrían no pasar este filtro.
- Que la limitación sea **necesaria**, en el sentido de que el fin no pueda conseguirse por un medio menos gravoso: parece que este filtro lo pasan las que se han hecho a través de intervención directa de bienes, pero las que han sido de intervención económica podrían no pasarlo, pues existían métodos menos gravosos como las subvenciones para favorecer la intervención en la economía.
- Que la medida sea **proporcional**: este filtro podrían no pasarlo las que se han hecho a través de intervención directa de bienes. ¿Si un pedido en ha sido retenido en aduana por el estado y estaba a través de un comerciante, destinado a una residencia de ancianos o un hospital o comunidad autónoma o ayuntamiento? La intervención no pasaría este filtro pues no sería proporcional a las circunstancias de adquisición de este material, ya que se está privando del mismo derecho a otras personas que han actuado con prevención, encargando los recursos que preveían necesitar con suficiente antelación.

Los que han sido de intervención económica muy probablemente no pasarán el filtro, pues no es proporcional que las farmacias que han tenido un coste superior al determinado por el decreto, tengan que sufrir una pérdida; por lo que para garantizar su salud pública el estado puede establecer ayudas económicas mediante la receta médica de la mascarilla si es imprescindible para garantizar la vida de las personas.

Siendo por tanto una medida económica, (y sin perjuicio de ser aportado como material sanitario a los ciudadanos por otros medios), las farmacias no deben soportar individualmente, el **excesivo sacrificio económico** que supone vender "a pérdidas", cuando tenían una expectativa de derechos económicos en el momento de su adquisición que se ha frustrado con esta regulación. El gobierno es el que debe garantizar este producto a la población como un bien de primera necesidad básico, pero con el debido respeto al derecho a la propiedad privada de quienes se han aprovisionado para suministrar a sus clientes; para valorar la proporcionalidad, otra decisión que explica que no era una medida indispensable, hubiera sido incluir este material (incluso reciclable de ropa que admitan lavados) en la receta médica.

## 5.- Conclusión

Si la administración se opone a realizar las compensaciones correspondientes, el perjudicado no podrá acudir en recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional para proteger la vulneración del su derecho a la propiedad; aunque puede promoverse que el Tribunal Constitucional se pronuncie a través de la cuestión de inconstitucionalidad de la norma que pretenda aplicar el estado y niegue el derecho a la compensación económica por el vaciamiento de la utilidad económica del bien o derecho.

No debemos olvidar la existencia del procedimiento especial de protección de derechos fundamentales. Y recordar que para garantizar la supremacía de la Constitución y enjuiciar la conformidad o disconformidad con ella de las leyes, disposiciones normativas y actos con fuerza de ley del Estado y de las Comunidades Autónomas, podemos solicitar al juzgado promover la cuestión de inconstitucionalidad si la norma con rango de ley aplicable al proceso del que conocen y de cuya validez dependa la decisión que hayan de adoptar, pueda ser contraria a la Constitución.

Y en último lugar, agotada la vía judicial interna, podremos instar la queja ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.