

# Resumen de la primera decisión de fondo de una alta Corte alemana sobre la desproporcionalidad de medidas sanitarias en el contexto de la pandemia COVID-19

Helen Ahrens

Ultima actualización: 06/10/2021

## Introducción

En seguida hago referencia a una de las primeras decisiones sobre el fondo de un litigio con respecto al toque de queda en el contexto de la pandemia COVID-19: Una de las altas Cortes de Alemania lo declaró desproporcional.

La argumentación que refleja muy bien el análisis de los requisitos de "*legalidad, necesidad, proporcionalidad y no discriminación*" se refiere exclusivamente al derecho alemán. Lamentablemente, en este caso no se hace referencia a los derechos humanos, a los Principios de Siracusa sobre la limitación y derogación de disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos según los cuales las normas sanitarias de la OMS podrían justificar ciertas restricciones a ciertos derechos como la libertad de movimiento, la libertad de expresión y la libertad de reunión pacífica (véase mi artículo "El aporte del Derecho Internacional como norma jurídica para determinar la responsabilidad de los Estados en el marco de la pandemia COVID-19" del 23/09/2021, p.11 s.). Cabe recordar que la OMS no ha hecho ninguna recomendación sobre cuarentenas masivas o los así llamados "*lock down*".

**El lunes, 4 de octubre de 2021, la Corte en los Contencioso-Administrativo de Baviera (Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, BayVGH) ha declarado retroactivamente la invalidez de un toque de queda en un primer proceso de fondo.**

En Alemania, innumerables tribunales en lo contencioso-administrativo se hayan pronunciado en más de 10.000 procesos sumarios sobre las restricciones de contacto, el cierre de los restaurantes o las peluquerías. En estos procesos sumarios, los tribunales sólo tenían que sopesar las consecuencias: ¿Qué desventajas tendría el demandante que su recurso prosperara finalmente, pero que las medidas siguieran aplicándose hasta entonces, y qué pasaría si se suspendiera por el momento la medida sanitaria impugnada? En la mayoría de los casos fallaban en contra del demandante.

Ahora están pendientes las decisiones sobre el fondo de los muchos litigios. Los jueces están aplicando un criterio de análisis diferente y más profundo. La primera decisión sobre el proceso de fondo procede ahora del máximo tribunal administrativo bávaro, La Corte en lo Contencioso-Administrativo de Múnich. La imposición de un "toque de queda temporal" en Baviera en marzo y abril de 2020 no fue legal y, por tanto, ineficaz, sentenciaron los jueces (Beschl. v. 04.10.2021, Az. 20 N 20.767).

### *Regulación especialmente estricta en Baviera*

La antigua regulación del § 4, párrafos 2 y 3, del Decreto sobre Medidas de Protección contra la Infección de Baviera es inválida por razones formales y materiales. Esto se desprende de la decisión de 31 páginas.

El 24 de marzo de 2020, el gobierno de Baviera fue el primer Estado Federal que emitió un decreto que imponía estrictas restricciones de salida, que se aplicaban con carácter retroactivo desde el 21 de marzo de 2020. Según este decreto, sólo se permitía salir de su propia casa a quienes tuvieran un motivo válido. Puede ser el camino al trabajo o a una cita con el médico. Las restricciones se aplican hasta el 19 de abril de 2020. Con su normativa, Baviera ha ido incluso más allá de la decisión del Estado federal en ese momento. Este último había recomendado que sólo fuera posible una reunión de un máximo de dos personas al aire libre. La segunda persona también puede ser una persona que no forme parte del hogar.

Varios ciudadanos presentaron recursos urgentes contra el toque de queda bávaro. Sin embargo, después del Tribunal Constitucional de Baviera, el BayVGH también confirmó la medida sanitaria, en ese momento todavía en procedimiento sumario. En ese momento, el BayVGH se pronunció a favor de un interés público superior en la protección de la salud pública y, por tanto, estuvo en consonancia con las decisiones adoptadas por la mayoría de los tribunales en lo contencioso-administrativo de toda Alemania. Los recursos contra el toque de queda de Baviera en abril de 2020 tampoco prosperaron en el Tribunal Constitucional Federal.

Ahora, sin embargo, el BayVGH ha vuelto a tratar el caso en el proceso de fondo. Aunque la Ley de Protección contra la Infección (Infektionsschutzgesetz, IfSG) proporcionaba una base legal suficiente, la medida especificada en el decreto era desproporcionada, sentenció el BayVGH.

El hecho de que la base jurídica en el IfSG se formule "de forma bastante abierta" no suscita dudas sobre la constitucionalidad de la norma. Porque: "Especialmente en lo que respecta a las "enfermedades transmisibles amenazantes", es decir, las enfermedades transmisibles que pueden causar un grave peligro para el público en general debido a su curso clínicamente grave o a su forma de propagación (§ 2 núm. 3a IfSG), se requiere una base jurídica relativamente abierta - especialmente en el contexto de las nuevas enfermedades emergentes que aún no han sido suficientemente investigadas", afirma la decisión. Un correctivo a esta formulación abierta es la restricción a las "medidas sanitarias necesarias". Por lo tanto, la administración está especialmente limitada en su elección discrecional de medidas.

### *Margen de apreciación para la evaluación y estricta revisabilidad judicial*

La pandemia del COVID-19 fue una amenaza novedosa, que además no era comparable a las pandemias de gripe de 1957 a 1959, 1968 y 1977, ya que en esos momentos se disponía de conocimientos clínicos y epidemiológicos sobre las enfermedades gripales y de las correspondientes vacunas, explica el BayVGH. "En este (nuevo) contexto, la evaluación del RKI fue de especial importancia durante el período de validez de la norma, ya que, según el § 4, párrafo 1, frase 1 IfSG, el Instituto Robert Koch es la autoridad nacional para la prevención de enfermedades transmisibles y para la detección temprana y la prevención de la propagación de infecciones."

Debido a la incierta situación, el gobierno bávaro tiene derecho a un margen de apreciación en su evaluación. En la decisión sobre el fondo del litigio, el BayVGH tampoco observa ninguna evidencia de que Baviera se haya excedido en su margen de apreciación al clasificar el Covid-19 como enfermedad transmisible amenazante. Sin embargo, el BayVGH tiene que examinar en detalle cada una de las medidas sanitarias adoptadas, y ahí es donde tiene mucho que criticar.

*Habría habido alternativas más leves al toque de queda e igualmente idóneos*

Aunque el toque de queda es, en general, un medio idóneo para reducir el contacto, el BayVGH consideró que existían medios igualmente idóneos y menos graves. Por ejemplo, las restricciones de contacto en los espacios públicos podrían haber tenido el mismo efecto, pero seguirían permitiendo a los ciudadanos permanecer en el exterior. Esta fue también la recomendación de la resolución de los Estados federados en marzo de 2020.

El gobierno bávaro reiteró en el proceso ante el BayVGH, que la resolución no se consideró suficiente. La restricción en Baviera del contacto en el exterior con los miembros del propio hogar garantizaba que el contacto en público fuera sólo con aquellas personas con las que el contacto en casa "no podía evitarse". Esto ya ha reducido el riesgo de que el Coronavirus se introduzca en el hogar, dijo el gobierno bávaro. Por otro lado, la resolución de los Estados federados ha dado lugar a la posibilidad de reunirse con un gran número de personas a lo largo del día.

Esta argumentación no convenció al BayVGH. Queda por saber por qué un comportamiento que en sí mismo es infecciosamente insignificante, a saber, pasar tiempo a solas o con las personas de su hogar al aire libre fuera de su propia casa, también fue sometido a la restricción de salida. Los jueces no quieren reconocer que esa restricción era necesaria para evitar las concentraciones. Además, tienen dudas sobre si el toque de queda bávaro era practicable y, por tanto, eficaz en cuanto a su aplicación.

En opinión del BayVGH, también la calificación del legislador federal confirma la diferencia gradual entre las restricciones de contacto en los espacios públicos y una restricción de salida en lo que respecta a la intensidad de la intervención y al principio de proporcionalidad. Según el § 28a párrafo 2 IfSG, el legislador federal estipula que las restricciones de salida sólo pueden ordenarse si las restricciones de contacto en las esferas públicas y privadas ya no parecen permitir una contención eficaz.

El hecho de que la BayVGH haya declarado ahora, con carácter retroactivo, la nulidad de la norma vigente a la fecha sólo tiene carácter declarativo. Sin embargo, es probable que sea el prelude de toda una serie de revisiones judiciales de las medidas sanitarias adoptadas para contener la propagación del Coronavirus. Ahora es el turno de los tribunales en lo contencioso-administrativo para decidir sobre el fondo de los litigios.

En el proceso contra el toque de queda bávaro, el BayVGH admitió un recurso de casación ante el Tribunal Federal en los Contencioso-Administrativo (Bundesverwaltungsgericht), debido a la importancia fundamental del caso.