

**LA LEGISLACIÓN COVID-19 EN
ALEMANIA Y EN COLOMBIA**

MICHAEL STÖBER
GABRIEL BARRETO FERRO
(EDITORES ACADÉMICOS)

**LA LEGISLACIÓN COVID-19 EN
ALEMANIA Y EN COLOMBIA**
Un Análisis de Derecho Comparado

Actos del Congreso Virtual
de la Deutsch-Kolumbianische Juristenvereinigung/
Asociación Colombo-Alemana de Juristas
del 29 y 30 de Octubre de 2020



Catalogación en la publicación – Biblioteca Nacional de Colombia
La Legislación COVID-19 en Alemania y en Colombia: un análisis de derecho comparado / Michael Stöber, Gabriel Barreto Ferro, (editores académicos). -- 1a ed. -- Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez: Asociación Colombo-Alemana de Juristas, 2021.

272 p.

Contiene referencias bibliográficas al final de cada capítulo.
-- "Actos del Congreso Virtual de la Deutsch-Kolumbianische Juristenvereinigung/Asociación Colombo-Alemana de Juristas del 29 y 30 de Octubre de 2020".

ISBN 978-958-791-457-3

1. COVID-19 (Enfermedad) - Legislación - Colombia 2. COVID-19 (Enfermedad) - Legislación - Alemania I. Stöber, Michael, 1974-, ed. II. Barreto Ferro, Gabriel, ed.

CDD: 616.2414026 ed. 23

CO-BoBN–a1079138

© MICHAEL STÖBER
GABRIEL BARRETO FERRO
(EDITORES ACADÉMICOS)

© GRUPO EDITORIAL IBAÑEZ
IMPRENTA: Carrera 69 Bis No. 36-20 Sur
Tels.: 2300731–2386035
LIBRERÍA-CAFÉ TEUSAQUILLO: Calle 37 No. 19-07
Tels: 7025760 - 7025835
LIBRERÍA: Calle 12 B No. 7-12. L. 1
Tels: 2847524 – 2835194
Bogotá, D.C. – Colombia
www.grupoeditorialibanez.com

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982

ISBN: 978-958-791-457-3

Diagramación electrónica: Leidy Vanessa Peña P.

Diseño de portada: Lady Vanessa Peña A.

PRÓLOGO

Prof. Dr. Michael STÖBER

Gabriel BARRETO FERRO LL.M.

Presidentes de la Deutsch-Kolumbianischen Juristenvereinigung/
Asociación Colombo-Alemana de Juristas

La pandemia provocada en el año 2020 por el Coronavirus, que se propagó desde China a todo el planeta, y las medidas estatales adoptadas en casi todos los países del mundo para combatir el Coronavirus, son hasta la fecha sin duda el suceso a nivel mundial más importante en la nueva centuria. En la historia reciente, este suceso es solo comparable en su magnitud con los ataques islamistas a las Torres Gemelas de Nueva York en los Estados Unidos en 2001. Los efectos de la crisis de Coronavirus incluso podrían acercarse a los de la Segunda Guerra Mundial.

Las medidas estatales para combatir el Coronavirus influyeron en todos los aspectos de la vida cotidiana de la humanidad y han tenido repercusiones de tipo económico, tecnológico, político y jurídico para todos los países del mundo. Con esta perspectiva, grandes juristas de Alemania y Colombia han unido esfuerzos por revisar los retos que esta nueva realidad trae para estos dos países y han propuesto desde diferentes ópticas como la academia, el ejercicio de la profesión jurídica, la administración de justicia y la administración pública sus opiniones, análisis y críticas a las medidas implementadas por los gobiernos y sus alternativas para superar esta denominada crisis global.

Para la Asociación Colombo-Alemana de Juristas es motivo de gran complacencia presentar este libro que ha sido coordinado por la Junta Directiva de la Asociación con el apoyo de los ponentes que recoge las ponencias presentadas por los ponentes del Congreso

Virtual sobre los Desarrollos Actuales del Derecho Colombo-Alemán con especial énfasis en la implementación de la legislación Covid-19 presentadas los días 29 y 30 de octubre de 2020.

Bogotá y Kiel, junio de 2021

Gabriel BARRETO FERRO
Michael STÖBER

CONTENIDO

PRÓLOGO	7
----------------------	---

PARTE I

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO

ÚLTIMOS LÍMITES PARA LAS RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA LUCHA CONTRA EL COVID-19

MARTIN IBLER

1. DINÁMICA DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN FRENTE A LA PANDEMIA	22
2. DINÁMICA DE LA EVALUACIÓN JURÍDICA DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN FRENTE A LA PANDEMIA ...	22
3. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS INTERVENCIONES EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PARA PROTEGER FRENTE AL COVID-19	24
3.1. DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: “ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL” – “INTERVENCIÓN” – “JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INTERVENCIÓN”	24
3.2. LOS LLAMADOS “LÍMITES A LOS LÍMITES” A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO ÚLTIMOS LÍMITES PARA LAS RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	25

4.	¿CUMPLE EL § 5, PÁRR. 2, NUM. 3 DE LA LEY FEDERAL DE PREVENCIÓN Y CONTENCIÓN DE CONTAGIOS CON LOS “LÍMITES A LOS LÍMITES” PARA LAS DISPOSICIONES HABILITANTES EN FAVOR DEL MINISTRO FEDERAL DE SALUD O ES UN “PECADO” DEL LEGISLADOR ALEMÁN?	26
4.1.	EL NUEVO § 5, PÁRR. 2, NUM. 3 DE LA LEY FEDERAL DE PREVENCIÓN Y CONTENCIÓN DE CONTAGIOS	26
4.2.	¿COMPATIBILIDAD CON LA LEY FUNDAMENTAL?	28
4.2.1.	<i>REQUISITOS DEL PRINCIPIO DEL ESTADO DE DERECHO Y DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO (ART. 20 PÁRR. 1-3, ART. 80 LF)</i>	28
4.2.2.	<i>ART. 80, PÁRR. 1, FR. 1 DE LA LEY FUNDAMENTAL COMO LÍMITE DE LA FACULTAD DEL EJECUTIVO DE EXPEDIR DECRETOS-LEY</i>	31
4.3.	CONCLUSIÓN Y PERSPECTIVA	32
5.	EPÍLOGO	32
	REFERENCIAS	33

CORONA Y EL ESTADO CONSTITUCIONAL: UNA MIRADA DESDE LA TEORÍA CONSTITUCIONAL CON UN ENFOQUE EN COLOMBIA EN EL CONTEXTO LATINOAMERICANO

BERND MARQUARDT

1.	ESTADO CONSTITUCIONAL, ESTADO EXCEPCIONAL Y CUESTIÓN DE PROPORCIONALIDAD	37
2.	LA CARRERA –CASI– MUNDIAL HACIA UNA CONFIGURACIÓN NO LIBERAL	43
3.	MIEDOCRACIA: EL DERECHO DEL MIEDO ENTRE LA IDEOLOGIZACIÓN, REMISTIZACIÓN, SOFT POWER Y ‘BUENA POLICÍA’	47

4.	EVALUACIÓN DEL CASO DE COLOMBIA	53
5.	LA INVIABILIDAD ESTRUCTURAL DE LAS ENCARCELACIONES NACIONALES EN PAÍSES CON UN AMPLIO PROLETARIADO INFORMAL	59
6.	ANOTACIÓN FINAL A: SOBERANÍA ESTATAL Y EL LADO AMENAZANTE DE LA NATURALEZA	61
7.	ANOTACIÓN FINAL B: RIESGOS DE PROFUNDIDAD Y PERSISTENCIA TRANSFORMADORA	62
8.	ANOTACIÓN FINAL C: INTERESADOS Y GANADORES	63
9.	JURISPRUDENCIA Y COMUNICADOS JUDICIALES	65
	REFERENCIAS	67

PARTE II

DERECHO CIVIL

LA LEGISLACIÓN DE COVID-19 EN MATERIA CIVIL EN ALEMANIA

SUSANNE LILIAN GÖSSL

1.	INTRODUCCIÓN	81
2.	PROBLEMAS DEL COVID-19	82
3.	LEGISLACIÓN EXISTENTE	82
3.1.	SUSPENSIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN EN CASO DE FUERZA MAYOR	83
3.2.	IMPOSIBILIDAD TEMPORAL	84
3.3.	OMISIÓN O CAMBIO DE BASE COMERCIAL	84
3.4.	CONTRATO DE VIAJE	85
4.	LEGISLACIÓN COVID-19	85

4.1. CONTRATOS DE OBLIGACIONES CONTINUAS EXISTENCIALES	86
4.1.1. <i>CONSUMIDOR</i>	86
4.1.2. <i>MICROEMPRESA</i>	86
4.1.3. <i>EXCEPCIÓN PÁRRAFO 3</i>	87
4.2. CONTRATOS DE ALQUILER O ARRENDAMIENTO / PRÉSTAMO AL CONSUMIDOR	87
4.3. ANÁLISIS	87
5. ALCANCE INTERNACIONAL	88
5.1. <i>LEX CONTRACTUS</i>	88
5.2. <i>LEY DE POLICÍA</i>	89
6. CONCLUSIONES	90
REFERENCIAS	91

ADECUACIÓN NEGOCIAL AUTO O HETEROCOMPOSITIVA POR LA PANDEMIA DEL COVID-19

JOSÉ GUILLERMO CASTRO AYALA

RESUMEN	95
1. INTRODUCCIÓN	95
2. TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN VS. BASE DEL NEGOCIO JURÍDICO, EN TIEMPOS DEL CORONAVIRUS	99
2.1. CONCEPTO Y ELEMENTOS CONFIGURATIVOS	104
2.1.1. <i>LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN EN COLOMBIA</i>	105
2.1.2. <i>LA PERTURBACIÓN DE LAS BASES DEL NEGOCIO JURÍDICO EN ALEMANIA</i>	106

3.	ELEMENTOS COMUNES A LOS INSTITUTOS, PARA LA PANDEMIA DEL COVID-19 COMO SISTEMA EXCLUYENTE DEL CABAL CUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN COLOMBIA Y EN ALEMANIA	107
4.	RENEGOCIACIÓN AUTÓNOMA DEL CONTRATO POR INICIATIVA MUTUA Y MODIFICACIÓN POR MUTUO ACUERDO: ¿LA CLÁUSULA <i>HARDSHIP</i> DEL SISTEMA ANGLOSAJÓN, COMO REMEDIO TRANSITORIO O DEFINITIVO? IMPORTANCIA DE SU IMPLEMENTACIÓN DURANTE LA COYUNTURA	110
5.	INTERVENCIÓN JURISDICCIONAL, PERO TAMBIÉN CONCILIACIÓN O TRANSACCIÓN: ADAPTACIÓN JURÍDICA Y ECONÓMICA A LAS NUEVAS CIRCUNSTANCIAS	114
5.1.	LA CASUÍSTICA JURISDICCIONAL DEL CASO ALEMÁN Y EN ESPECIAL LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO	114
5.2.	LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO DE ESTABLECIMIENTOS DE COMERCIO	115
5.2.1.	<i>LAS DECISIONES DE LA JURISDICCIÓN ALEMANA</i>	116
5.3.	LOS CONTRATOS DE OBRA	120
5.4.	LOS CONTRATOS DE TRANSPORTE	120
5.5.	LOS CONTRATOS TURÍSTICOS	121
5.6.	CONSIDERACIONES FINALES	122
6.	CONCLUSIONES	122
	REFERENCIAS	125

PARTE III

DERECHO PENAL

PUNIBILIDAD A TRAVÉS DE LAS MEDIDAS CONTRA EL CORONAVIRUS EN ALEMANIA

JÖRG EISELE

ALEXANDER BECHTEL

1.	INTRODUCCIÓN	131
2.	DELIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR PROPAGACIÓN Y EN CONTEXTO DEL VIRUS	133
3.	FUNDAMENTOS JURÍDICOS	133
4.	DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO SANCIONADOR Y EL DERECHO PENAL	136
5.	RELEVANCIA PRÁCTICA DEL DERECHO PENAL (DE CONTROL DE LAS INFECCIONES)	139
	5.1. GRADUACIÓN DE CONTRAVENCIONES A DELITOS (§ 74 IfSG)	139
	5.2. PUNIBILIDAD ADICIONAL (§ 75 IfSG)	142
	5.3. RESULTADO PARCIAL	143
6.	SOBRE LA TÉCNICA NORMATIVA DE LA LEY IFSG	143
7.	RESUMEN	147
	REFERENCIAS	149

DE LA PANDEMIA PUNITIVA. A PROPÓSITO DE LAS REACCIONES PARA ENFRENTAR EL COVID-19

JOHN ZULUAGA

RESUMEN		153
---------------	--	-----

1. INTRODUCCIÓN	154
2. EL SOPORTE JURÍDICO-PENAL	156
3. ¿COOPTACIÓN PUNITIVA DEL SISTEMA SANITARIO?	162
4. EL CONTROL DE LA EXCEPCIONALIDAD	164
5. UN INTENTO DE CONCLUSIÓN	167
REFERENCIAS	169

PARTE IV

DERECHO PROCESAL

LA DIGITALIZACIÓN DE LA JUSTICIA EN COLOMBIA BAJO LA INFLUENCIA DEL COVID-19

GABRIEL BARRETO FERRO

RESUMEN	179
1. INTRODUCCIÓN	180
2. MARCO LEGAL DE LA DIGITALIZACIÓN DE LA JUSTICIA EN COLOMBIA	182
2.1. LEY 270 DE 1996 -LEY ESTATUTARIA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA –LEAJ–	182
2.2. CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO (CGP) LEY 1564 DE 2012	184
2.3. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (CPACA) LEY 1437 DE 2011	185
2.3.1. <i>UTILIZACIÓN DE MEDIOS ELECTRÓNICOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO</i>	185
3. NUEVOS APORTES DEL DECRETO 802 DE 2020	186

3.1. PODER ESPECIAL	187
3.2. NOTIFICACIÓN PERSONAL	187
3.3. PLATAFORMA PARA LA RECEPCIÓN DE DEMANDAS	188
3.4. AUDIENCIAS	189
3.5. COMUNICACIONES ENTRE LOS APODERADOS Y LOS JUZGADOS	189
4. CONCLUSIONES Y APORTES	189
4.1. DIGITALIZACIÓN DE LA JUSTICIA POR NECESIDAD	190
4.2. NECESIDAD DE INVERSIÓN EN TICS PARA EL FUNCIONAMIENTO DE LA JUSTICIA	190
4.3. TRANSFORMACIÓN POR PARTE DE LOS SUJETOS PROCESALES, EN ESPECIAL ABOGADOS Y DE FUNCIONARIOS JUDICIALES PARA EL USO DE LAS TECNOLOGÍAS	190
4.4. NECESIDAD DE UNA LEGISLACIÓN PLANEADA DESDE LA EXPERIENCIA Y PRACTICIDAD PARA ADMINISTRAR JUSTICIA	191
4.5. EMPADRONAMIENTO, UN BENEFICIO PARA LA NOTIFICACIÓN PERSONAL	191
REFERENCIAS	193

PARTE V

DERECHO ECONÓMICO

ANÁLISIS DE LAS LIBERTADES ECONÓMICAS Y LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO EN LA PANDEMIA DE COVID-19 EN COLOMBIA

MAURICIO ANTONIO TORRES GUARNIZO

1. INTRODUCCIÓN	197
-----------------------	-----

2.	LIBERTADES ECONÓMICAS EN EL MARCO DE UNA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO	200
3.	MEDIDAS ADOPTADAS POR EL GOBIERNO NACIONAL EN MATERIA ECONÓMICA EN LA PANDEMIA DE COVID-19	205
4.	EFFECTOS EN LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO POR LAS RESTRICCIONES A LAS LIBERTADES ECONÓMICAS POR PARTE DEL GOBIERNO NACIONAL EN LA PANDEMIA DE COVID-19	210
5.	CONCLUSIONES	215
	REFERENCIAS	217

PANDEMIA VERSUS TELETRABAJO Y TRABAJO EN CASA

JOHN JAIRO MORALES ALZATE

PANDEMIA VERSUS TELETRABAJO Y TRABAJO EN CASA	223
---	-----

PARTE VI DERECHO TRIBUTARIO

EVOLUCIÓN RECIENTE DEL DERECHO TRIBUTARIO ALEMÁN CON ESPECIAL ATENCIÓN A LAS MEDIDAS COVID-19

MICHAEL STÖBER

1.	INTRODUCCIÓN	229
2.	DESGRAVACIÓN FISCAL CON MOTIVO DE LA CRISIS DEL CORONAVIRUS	230
2.1.	MODIFICACIONES EN EL ÁREA DEL IMPUESTO SOBRE LA RENTA Y DEL IMPUESTO DE CORPORACIONES	230

2.1.1. <i>CAMBIOS LEGISLATIVOS</i>	231
2.1.2. <i>MODIFICACIONES POR MEDIO DE RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS</i>	233
2.1.3. <i>CONCLUSIÓN PARCIAL</i>	234
2.2. <i>REDUCCIÓN TEMPORAL DE LAS TASAS DEL IMPUESTO SOBRE EL VALOR AGREGADO (IVA)</i>	235
3. <i>FORMAS DE FINANCIAR LOS COSTOS DEL ESTADO DERIVADOS DE LA CRISIS DEL CORONAVIRUS</i>	238
3.1. <i>GENERALIDADES</i>	238
3.2. <i>“TASA COMPLEMENTARIA DE SOLIDARIDAD POR MOTIVO DEL CORONAVIRUS” Y “CARGA SOBRE EL PATRIMONIO POR MOTIVO DEL CORONAVIRUS”</i>	238
3.3. <i>IMPUESTO SOBRE LOS SERVICIOS DIGITALES</i>	242
4. <i>CONCLUSIONES</i>	246
REFERENCIAS	247

LA FISCALIDAD EN COLOMBIA ANTE LA CRISIS GENERADA POR EL COVID-19

MILTON CHAVES GARCÍA

RESUMEN	251
1. <i>DECRETOS LEGISLATIVOS DICTADOS CON OCASIÓN DEL ESTADO DE EMERGENCIA DECLARADO POR LA EPIDEMIA DEL COVID-19</i>	254
2. <i>DECRETOS LEGISLATIVOS EN MATERIA IMPOSITIVA</i> ...	256
3. <i>CONCLUSIÓN</i>	261
REFERENCIAS	263

PARTE I
DERECHO CONSTITUCIONAL Y
ADMINISTRATIVO

ÚLTIMOS LÍMITES PARA LAS RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA LUCHA CONTRA EL COVID-19

Martin Ibler¹

Universidad de Konstanz

Sumario

1. Dinámica de las medidas de protección frente a la pandemia; 2. Dinámica de la evaluación jurídica de las medidas de protección frente a la pandemia; 3. Sobre la constitucionalidad de las intervenciones en los derechos fundamentales para proteger frente al Covid-19; 3.1. Dogmática de los derechos fundamentales: “Ámbito de protección del derecho fundamental” – “intervención” – “justificación constitucional de la intervención”; 3.2. Los llamados “límites a los límites” a los derechos fundamentales como últimos límites para las restricciones a los derechos fundamentales; 4. ¿Cumple el § 5, párr. 2, num. 3 de la Ley Federal de Prevención y Contención de Contagios con los “límites a los límites” para las disposiciones habilitantes en favor del ministro federal de salud o es un “pecado” del legislador alemán?; 4.1. El nuevo § 5, párr. 2, num. 3 de la Ley Federal de Prevención y Contención de Contagios; 4.2. ¿Compatibilidad con la Ley Fundamental?; 4.2.1. Requisitos del principio del Estado de derecho y del principio democrático (Art. 20 párr. 1-3, Art. 80 LF); 4.2.2. Art. 80, párr. 1, fr. 1 de la Ley Fundamental como límite de la facultad del ejecutivo de expedir decretos-ley; 4.3. Conclusión y perspectiva; 5. Epílogo; Referencias.

¹ Profesor y exdecano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Konstanz (Alemania), doctor honoris causa de la Universidad Santo Tomás (USTA), Bogotá. El autor le agradece la traducción a la doctoranda en Derecho Diana Carolina Sanabria Ramírez, LL. M. (Konstanz).

1. DINÁMICA DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN FRENTE A LA PANDEMIA

Para los miembros alemanes de nuestra asociación no necesito enumerar las medidas de protección que, desde marzo de 2020, tienen por objeto prevenir o, al menos, ralentizar el aumento de los contagios de Covid-19 en Alemania. Para los miembros colombianos solo lo siguiente: Al principio, las medidas casi paralizaron nuestra vida cotidiana, a nivel nacional, en todos los estados federados alemanes. La mayoría de las tiendas y todos los restaurantes, hoteles, bares, teatros, museos, cines, piscinas y otras instalaciones deportivas, jardines infantiles, escuelas y universidades tuvieron que cerrar. No solo se prohibieron grandes eventos como los partidos de fútbol de la Bundesliga, manifestaciones, reuniones científicas (presenciales) y cultos religiosos, sino también celebraciones familiares y funerales. Cuando el número de contagios disminuyó, algunas restricciones se levantaron total o parcialmente o se sustituyeron por otras menos graves, como la obligación de llevar un tapabocas en los espacios públicos y mantener una distancia de 1,5 m con otras personas, y en los restaurantes los huéspedes debían proporcionar sus nombres y datos de contacto. Hoy en día, cuando las tasas de contagios más altas vuelven a superar ciertos límites en varios lugares, el Estado reacciona con más cautela que al comienzo de la pandemia, por ejemplo, con mandatos y prohibiciones locales. El debilitamiento de los mandatos y las prohibiciones tiene varias razones, no solo la disminución provisional del número de contagios, que por cierto están aumentando, sino también el temor a un colapso de la economía o a decisiones judiciales que le dieron la razón a los ciudadanos demandantes. Sin embargo, cuanto más tiempo continúen las restricciones a la libertad, más frecuentes se hacen las manifestaciones; algunas de ellas tienen más de 20.000 participantes. Uno que otro incluso ve en peligro el Estado democrático liberal de derecho. Por otro lado, los extremistas de derecha están tratando de utilizar las manifestaciones para sus propósitos.

2. DINÁMICA DE LA EVALUACIÓN JURÍDICA DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN FRENTE A LA PANDEMIA

Hoy estamos particularmente interesados en la evaluación jurídica de las medidas de protección y, sobre todo, en la evaluación constitucional. Esta también tiene una historia. Al comienzo de la

pandemia, las opiniones jurídicas seguían siendo muy generales. Enumeraron los derechos fundamentales que fueron afectados y restringidos por los mandatos y las prohibiciones. De hecho, esto puso demostrarse para la mayoría de los derechos fundamentales mencionados en el catálogo de derechos fundamentales de la Ley Fundamental. Las medidas de protección del Estado fueron catalogadas por los estudiosos del derecho, de manera absolutamente alarmante, pero aún muy general, como la mayor intervención en los derechos fundamentales desde la existencia de la República Federal de Alemania. Las primeras decisiones judiciales se sumaron rápidamente. Solo esporádicamente, pero de todas maneras ocasionalmente, estaban parcialmente de acuerdo con el demandante contra una medida de protección estatal. Tres características más o menos típicas caracterizan estas decisiones judiciales: en primer lugar, se dan en procedimientos de tutela judicial provisional. Así que solo se basan en una prueba sumaria. En segundo lugar, los jueces, basándose en la separación de poderes, conceden al legislador y a las autoridades administrativas una llamada prerrogativa de apreciación, es decir, márgenes de apreciación y discrecional. Por lo tanto, solo verifican de forma espartana (austera) la asunción de un gran peligro para la salud, a saber, si esta asunción revela errores de procedimiento o arbitrariedad. En tercer lugar, el examen ulterior de los jueces se centrará en la proporcionalidad de la medida de protección frente a la pandemia. Pero cuanto más tiempo continúe la pandemia, más profundamente vamos a cuestionar qué otros requisitos constitucionales deben cumplir esas medidas de protección.

Me gustaría recordarles muy cortamente la dogmática de los derechos fundamentales con el que argumentan los profesores y las profesoras de derecho constitucional alemanes. Basándome en esto, le sigo el rastro a una pregunta que es relevante desde marzo con ocasión de la crisis del Corona y despierta recuerdos incriminatorios de la historia constitucional alemana: ¿Le era permitido a nuestro Parlamento, mediante la modificación de la Ley Federal de Prevención y Contención de Contagios², facultar a un ministerio a promulgar reglamentos que restrinjan los derechos fundamentales para proteger a la población en una situación epidémica de importancia nacional, reglamentos que incluso tienen permitido desviarse de la ley?

² Ley Federal de Prevención y Contención de Contagios del 27.3.2020, Gaceta Federal (BGBl.) Volumen I, p. 587.

3. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS INTERVENCIONES EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PARA PROTEGER FRENTE AL COVID-19

3.1. DOGMÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: “ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL” – “INTERVENCIÓN” – “JUSTIFICACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA INTERVENCIÓN”

En el derecho constitucional alemán se examina, de acuerdo con un esquema probado, si una medida estatal –ya sea una ley, un reglamento o un acto administrativo– viola un derecho fundamental. Consiste esencialmente en tres pasos de una reflexión³. En primer lugar, se examina si una medida estatal afecta al ámbito de protección de uno de los derechos fundamentales enumerados en la Ley Fundamental, de modo que este derecho fundamental pueda utilizarse como punto de referencia para el examen de constitucionalidad. De esta manera, se determina si se trata de proteger la dignidad humana, la vida, la fe, la familia, la vivienda, la propiedad, la libertad general de acción, etc. Un segundo paso de la reflexión examina si la medida estatal reduce la protección que el respectivo derecho fundamental debe garantizar. Entonces hablamos de una “intervención” en este derecho fundamental. En caso afirmativo, un tercer paso examina si el Estado puede basarse en una justificación constitucional para esta intervención. Este tercer paso del examen es el más complicado. Requiere que sea permitido restringir un derecho fundamental. En el caso de la dignidad humana no es posible, esta es “inviolable” de acuerdo con el Art. 1 párr. 1 LF. En el caso de los demás derechos fundamentales, debe distinguirse si la redacción gramatical de la Ley Fundamental permite expresamente una restricción; es el caso de muchos derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la libertad de reunión y la libertad general de acción. Así las cosas, deben cumplirse las condiciones para esta restricción expresa. Pero los derechos fundamentales sin posibilidades explícitas de restricción, por ejemplo, la libertad de culto, la libertad artística y la libertad científica, también pueden ser limitadas “inmanentemente” –mediante interpretación sistemática– por otros bienes jurídicos protegidos por la

³ Véase p.ej. JARASS, en JARASS/PIEROOTH, Vorb. vor art. 1 no. 14 y ss.

Constitución, verbigracia⁴, por los derechos fundamentales de otros, por otros derechos fundamentales o por otras normas constitucionales, que constituyen a Alemania como un Estado democrático de Derecho y como un Estado social, el cual ha de garantizar, entre otras cosas, un sistema de salud apto para funcionar⁵. El hecho de que todos los derechos fundamentales –con excepción de la dignidad humana– puedan restringirse para proteger de estos otros bienes constitucionales de protección, no significa, sin embargo, que puedan restringirse de forma discrecional.

3.2. LOS LLAMADOS “LÍMITES A LOS LÍMITES” A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO ÚLTIMOS LÍMITES PARA LAS RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En realidad, la restringibilidad de cualquier derecho fundamental en sí misma tiene límites constitucionales adicionales. En la dogmática de los derechos fundamentales hablamos de los llamados “límites a los límites” a los derechos fundamentales. Estos resultan de normas constitucionales que deben cumplirse, aun cuando la restricción de un derecho fundamental, en principio, pueda ser admisible debido a los límites explícitos o inmanentes de ese derecho fundamental.

Un ejemplo de un “límite a los límites” es el mandato de citación del Art. 19 párr. 1 fr. 2 LF. Este exige que una ley que restrinja los derechos fundamentales mencione el derecho fundamental a restringir indicando el artículo correspondiente. Otro ejemplo es el Art. 19 párr. 2 LF, que afirma que en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial. Otro “límite a los límites” es el principio de determinación. Se deriva del principio del Estado de Derecho del Art. 20, párr. 3 LF y exige que una medida estatal sea lo más precisa posible. Probablemente el “límite a los límites” más importante es el principio de proporcionalidad, que también está arraigado en el principio del Estado de Derecho. Según el principio de proporcionalidad, toda restricción de los derechos fundamentales

⁴ Otros límites inmanentes a los derechos fundamentales: El fin estatal de protección del medio ambiente, el fin estatal de protección animal.

⁵ Cfr.p.ej. BVerfG (Bundesverfassungsgericht – Corte Constitucional), sentencia de 22 de mayo de 1975, 2 BvL 13/73, Repertorio oficial de Jurisprudencia (BVerfGE) tomo 39 p. 334, 367.

debe perseguir un objetivo legítimo y ser idónea, necesaria y razonable para tal efecto. Otro ejemplo de “límites a los límites” se deriva de la distribución de competencias en el Estado federal. La restricción de un derecho fundamental solo puede darse por o con base en una ley que haya sido promulgada por el legislador competente, es decir, el legislador federal o el legislador de un Estado federado.

En la discusión podemos hablar sobre este y otros “límites a los límites”⁶. A continuación, abordaré únicamente la pregunta ya formulada: ¿Sobrepasa la restricción de los derechos fundamentales un último límite constitucional (límite a los límites), cuando el legislador, para combatir la pandemia del Corona, faculta al ministro federal de salud a emitir decretos-ley que pueden divergir de leyes del parlamento? Por lo tanto, se trata de si en este caso el principio de separación de poderes pone límites a una restricción de los derechos fundamentales.

4. ¿CUMPLE EL § 5, PÁRR. 2, NUM. 3 DE LA LEY FEDERAL DE PREVENCIÓN Y CONTENCIÓN DE CONTAGIOS CON LOS “LÍMITES A LOS LÍMITES” PARA LAS DISPOSICIONES HABILITANTES EN FAVOR DEL MINISTRO FEDERAL DE SALUD O ES UN “PECADO” DEL LEGISLADOR ALEMÁN?

4.1. EL NUEVO § 5, PÁRR. 2, NUM. 3 DE LA LEY FEDERAL DE PREVENCIÓN Y CONTENCIÓN DE CONTAGIOS

Cuando en marzo aparecieron más y más casos de Covid-19, la coalición de gobierno en el Bundestag quería reformar la actual Ley Federal de Prevención y Contención de Contagios con una “Ley de Protección de la Población”. El ejecutivo debería recibir más poderes para combatir la pandemia. El Ministerio Federal de Salud realizó importantes trabajos preparatorios para el proyecto de esta “Ley de Protección de la Población”. Bajo el nombre, que suena modesto, de “Ayuda a las fracciones de la coalición para la redacción de la

⁶ P. ej.: Garantías de las instituciones jurídicas del derecho privado, garantías constitucionales de instituciones jurídicas del derecho público, doctrina del efecto recíproco, reserva parlamentaria, la “prohibición de la retroactividad”—cfr. p.ej. KOKOTT, en: MERTEN/PAPIER, p. 853, 884 y s., no. 70, 73.

ley” surgió un proyecto de ley completamente redactado⁷. En él, el Ministerio propuso poderes extraordinarios para el Gobierno Federal y para sí mismo. El proyecto de ley luego propuesto por los grupos de la coalición, es decir, por miembros del Bundestag, no tomó cada una de estas “ayudas para la redacción” del ministerio. Sobre todo, ahora debe ser responsabilidad del propio parlamento, y no del gobierno, dar la “señal de salida” a los nuevos decretos-ley, órdenes y actos administrativos del Ministerio de Salud, a saber, determinar que existe una situación epidémica de alcance nacional. Pero con base en las propuestas del ministerio, se adoptó otra regulación no muy bien justificada, cuyo potencial de conflicto político apenas fue reconocido solo básicamente por los parlamentarios⁸, sobre todo subestimaron la fuerza explosiva constitucional.

Por el contrario, insertaron sin malicia esta propuesta como el nuevo § 5, párr. 2, num. 3 de la Ley Federal de Prevención y Contención de Contagios. Esta disposición es tan destacable que la puse textualmente:

“Se faculta al Ministerio Federal de Salud, en el marco de la situación epidémica de alcance nacional, sin perjuicio de las competencias de los Estados federados, a:

1.,

2.

3. autorizar mediante decreto-ley, sin el consentimiento del Bundesrat excepciones a las disposiciones de la presente ley, así como excepciones a los decretos-ley emitidos con base en esta ley en lo que respecta a la prevención y la lucha contra las enfermedades transmisibles, la protección frente a contagios en determinadas instituciones, empresas y personas y requisitos sanitarios para el manejo de alimentos, a fin de mantener los procedimientos de atención en salud y el suministro de la población;

4.

5.– 10. ...”

⁷ <https://www.vdek.com/content/dam/vdeksite/vdek/politik/gesetze/20-04-20%20Formulierungshilfe%202.%20GE%20Bev%C3%B6lkerung.pdf> (Consultado 31-12-2020)

⁸ Por el Miembro del Dr. Rottmann (Alianza90/Los Verdes) en la 154a sesión del 25.3.2020 Acta plenaria 19/154, p. 44; especialmente clara es la declaración del Sr. Bayram (Alianza90/Los Verdes) de conformidad con el artículo 31 del Reglamento, cit., p. 76; cf. a. Sr. Maag (CDU/CSU), cit., p. 57.

Esta disposición faculta al Ministerio Federal de Salud a autorizar excepciones a la Ley Federal de Prevención y Contención de Contagios mediante un decreto-ley. Por cierto, esta disposición se complementa con otras disposiciones en los numerales 4, 7 y 8, según las cuales el Ministerio también tiene permitido apartarse de otras leyes mediante un decreto-ley⁹.

4.2. ¿COMPATIBILIDAD CON LA LEY FUNDAMENTAL?

4.2.1. *REQUISITOS DEL PRINCIPIO DEL ESTADO DE DERECHO Y DEL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO (ART. 20 PÁRR. 1-3, ART. 80 LF)*

Constitucionalmente explosivo sobre la disposición es que el ministerio esté autorizado a emitir decretos-ley que no tengan que cumplir con la ley del parlamento. Dichos decretos-ley sustituyen a la ley del parlamento. Así se dibuja un conflicto con el mandato constitucional de separación de poderes. Sin embargo, la Ley Fundamental no separa minuciosamente al legislativo y al ejecutivo.

⁹ “4. adoptar por decreto-ley, sin el consentimiento del Bundesrat, medidas para asegurar el suministro de medicamentos, incluidos los anestésicos, las sustancias activas, las sustancias base y los excipientes para el uso de productos médicos, diagnósticos de laboratorio, ayudas, así como equipos de protección personal y productos para la desinfección, y en particular:

a) autorizar excepciones a las disposiciones de la Ley de Medicamentos, la Ley de Anestésicos, la Ley de Farmacia, el Quinto Libro del Código de Seguridad Social, la Ley de Transfusión y los decretos-ley adoptados sobre la base de estas leyes, las disposiciones sobre la ley de dispositivos médicos y las disposiciones sobre seguridad y salud en el trabajo relativas a los equipos de protección personal, que regulan la fabricación, el etiquetado, la autorización, las pruebas clínicas, la aplicación, la prescripción y la entrega, la importación y exportación, la introducción y la responsabilidad, y el funcionamiento de las farmacias, incluida la gestión y el personal,

b) facultar a las autoridades competentes a permitir excepciones a las disposiciones a que se refiere el literal a) en casos concretos...

7. prever por decreto-ley, sin el consentimiento del Bundesrat, medidas para mantener la atención sanitaria en consultorios ambulatorios, farmacias, hospitales, laboratorios, centros de cuidado y rehabilitación y otros centros de salud, apartándose de requisitos legales existentes...

8. prever por decreto-ley, sin el consentimiento del Bundesrat, medidas para mantener la atención de enfermería en los centros de atención ambulatoria y hospitalaria, apartándose de requisitos legales existentes, y, en particular,

a) suspender o modificar requisitos legales federales o contractuales para los centros de atención...”

Permite también al ejecutivo establecer legislación mediante decretos, como lo muestra el art. 80¹⁰. Si solo el legislador pudiera legislar, el Parlamento se sobrecargaría rápidamente; tampoco podría responder lo suficientemente rápido a muchos nuevos desafíos con una ley. Sin embargo, el art. 80 no pretende socavar la separación de poderes. La responsabilidad del Parlamento como legislador debe permanecer salvaguardada¹¹. Esta responsabilidad es particularmente grande cuando las regulaciones puedan intervenir en los derechos fundamentales. Es por ello que el art. 80 impone límites estrictos a la legislación del ejecutivo. Pero ¿son observados estos límites cuando una ley permite que el ministerio se desvíe de la ley mediante decretos-ley?

La historia constitucional tiene aún más combustible, porque el poder del gobierno para legislar en lugar del parlamento destruyó el primer Estado constitucional democrático en Alemania. La República de Weimar había intentado desde el principio resolver las grandes dificultades de su tiempo –la crisis económica causada por la pérdida de la Primera Guerra Mundial¹², la posterior hiperinflación¹³ y la ocupación de Alsacia-Lorena¹⁴–, permitiendo al gobierno legislar en lugar del legislador. Sobre la base de dichas leyes con el nombre oficial “Ley de Emergencia” o “Ley habilitante”, alrededor de 450 decretos reemplazantes de leyes parlamentarias fueron emitidos en los primeros años de la República, es decir, entre 1919 y 1925, (en comparación con alrededor de 700 leyes parlamentarias durante ese mismo periodo)¹⁵.

¹⁰ Art. 80, párr. 1 de la Ley Federal: “El Gobierno Federal, un ministro federal o los gobiernos de los Länder podrán ser habilitados mediante ley para otorgar decretos. En la ley debe determinarse el contenido, el objeto y el alcance de la autorización otorgada. En tales decretos se mencionará su base legal...”

¹¹ Véase p.ej. BVerfG (Corte Constitucional), decisión de 8 de junio de 1988, 2 BvL 9/85 y 3/86, Repertorio oficial de Jurisprudencia (BVerfGE) tomo 78 p. 249, 272.

¹² “Ley sobre una forma simplificada de legislación para los fines de la economía transicional” del 17.4.1919 (RGBl. – Reichsgesetzblatt – Gaceta del Imperio, volumen I p. 394); “Ley sobre una forma simplificada de legislación para los fines de la economía transicional” del 3 de agosto de 1920 (RGBl. p. 1493); “Ley sobre la emisión de decretos para los fines de la economía transicional” del 6 de febrero de 1921 (RGBl. p. 139).

¹³ “Ley de Emergencia” del 24 de febrero de 1923 (RGBl. I 1923, p. 147-151); “Ley habilitante” del 13. 10. 1923 (RGBl. I p. 943); “Ley habilitante” del 8. 12. 1923 (RGBl. I p. 1179).

¹⁴ “Ley de Emergencia para los asuntos de Alsacia-Lorena” del 1.3.1919 (RGBl. p. 257).

¹⁵ POETZSCH, JöR, Volumen XIII (1925), p. 1, 206 y ss.).

Aparentemente, en Weimar no se desarrolló ninguna intuición sobre el peligro que esto puede desencadenar o las inquietudes fueron dejadas de lado ante las crisis. La República utilizó en su emergencia el Instrumento de la ley habilitante rutinariamente. Pero en 1933 la rutina se convirtió en abuso. Desde el 24 de marzo de 1933, la “Ley para la Subsanción de la Emergencia del Pueblo y el Reich”¹⁶ (conocida coloquialmente hasta hoy como la Ley Habilitante de 1933) permitió al gobierno del Reich bajo Adolf Hitler promulgar “leyes del Reich” sin límites. El parlamento, el Reichstag, se derrocó a sí mismo.

Con el recuerdo de este “pecado” los padres y madres de la Ley Fundamental fijaron para siempre en los artículos 20 y 79 párr. 3 la separación de poderes y el principio de democracia. En el art. 80 precisaron que en la Federación una ley del parlamento solamente puede autorizar al ejecutivo a emitir decretos-ley si el contenido, la finalidad y el alcance de la facultad concedida están predeterminados por la ley.

¿Qué significa esto para la Ley de Protección de la Población, que en marzo de 2020 incorporó el nuevo § 5, párr. 2 de la Ley Federal de Prevención y Contención de Contagios? Los primeros artículos académicos jurídicos hablan de nuevo de un “autoderrocamiento” del Parlamento, de una futura “dictadura de la salud”, recuerdan la Ley Habilitante de 1933, pero luego advierten que tal comparación sería exagerada¹⁷. Ciertamente, la ley de 1933 autorizó incondicionalmente al gobierno del Reich, el único límite, un límite de tiempo hasta el 1 de abril de 1937, se volvió obsoleta tras tres prórrogas¹⁸. Por otra parte, las restricciones basadas en la ley de marzo de 2020 expirarán a más tardar el 31 de marzo de 2021¹⁹. La Ley Habilitante de 1933 era ilimitada en contenido, y el gobierno podía anular los derechos fundamentales por sí solo. La ley de marzo de 2020 se limita a las medidas de lucha contra las pandemias, aunque puede restringir los

¹⁶ RGBl. I, p. 141.

¹⁷ Véase p.ej. FUCHS, DÖV 2020, p. 653, 654.

¹⁸ Por lo tanto, fue prorrogada el 30 de enero de 1937 y el 30 de enero de 1939 por el Reichstag, el 10 de mayo de 1943 por simple orden del Führer. V. gr. WADLE, JuS 1983, p. 170, 174.

¹⁹ § 5, párr. 4, de la Ley Federal de Prevención y Contención de Contagios: “Un decreto-ley expedido de conformidad con el § 5a, párr. 2 quedará derogado con el levantamiento de la declaración de epidemia de alcance nacional, en cualquier otro caso a más tardar el 31 de marzo de 2021.”.

derechos fundamentales, siempre que respete los límites y los “límites a los límites” de los derechos fundamentales. Pero no es permitido derogar estos derechos. Así que a simple vista se pueden ver las diferencias. Sobre todo, nadie atribuirá al Bundestag o al Gobierno Federal de una intención de abusar, como indudablemente existía en 1933 con el gobierno nacionalsocialista del Reich. Por esta razón, a diferencia del Reichstag en 1933, el poder del Bundestag de derogar un decreto-ley que restrinja los derechos fundamentales no solo ha de ser una posibilidad teórica²⁰.

4.2.2. *ART. 80, PÁRR. 1, FR. 1 DE LA LEY FUNDAMENTAL COMO LÍMITE DE LA FACULTAD DEL EJECUTIVO DE EXPEDIR DECRETOS-LEY*

Pero con ello aún no se desvirtúa un quebrantamiento de la Ley Fundamental. Precisamente por la experiencia histórica, desde 1949 el art. 80 ha impuesto condiciones extremadamente estrictas para la facultad de expedir decretos-ley para una mayor protección del Estado de Derecho y de la democracia y los derechos fundamentales. El propio legislador parlamentario debe determinar el contenido, la finalidad y el alcance de la facultad concedida. Después de todo, la finalidad del § 5, párr. 2, num. 3 de la Ley Federal de Prevención y Contención de Contagios, a saber “prevención y lucha contra las enfermedades transmisibles” me parece suficientemente precisa. El contenido admisible de un decreto también puede precisarse interpretando la ley de conformidad con la Constitución. Pero no se puede determinar el alcance de la facultad concedida. Apartarse de toda la Ley Federal de Prevención y Contención de Contagios y de muchas otras leyes, según las facultades de los numerales 4, 7 y 8, desdibuja la previsibilidad. Un decreto-ley en virtud de esta norma viola el art. 80 de la Ley Fundamental y, por lo tanto, no puede justificar la intervención en los derechos fundamentales de los ciudadanos.

²⁰ Según el § 5, párr. 1, fr. 2 de la Ley Federal de Prevención y Contención de Contagios, el Bundestag puede levantar la declaración de situación de epidemia, con la consecuencia de que todo decreto-ley expedido de conformidad con el § 5a, párr. 2 queda derogado según § 5, párr. 4 S. 1. Esta disposición – interpretada conforme con la Constitución – no ha de excluir la posibilidad adicional del legislador parlamentario de derogar decretos-ley individuales expedidos de conformidad con el § 5, párr. 1, fr. 2 de la Ley Federal de Prevención y Contención de Contagios, aunque la declaración de la situación de epidemia se mantenga.

4.3. CONCLUSIÓN Y PERSPECTIVA

Sí, el § 5, párr. 2, num. 3 de la Ley Federal de Prevención y Contención de Contagios es un “pecado” de un parlamento brevemente abrumado. El Bundestag se ha fiado demasiado de los trabajos preparatorios del ministerio interesado en el asunto. Debería haber recurrido a sus propios servicios científicos antes. Estos elevaron objeciones constitucionales después de la aprobación de la ley²¹. El Parlamento debería sacar conclusiones a más tardar en marzo de 2021, cuando se trate de prorrogar la disposición temporal, pero lo mejor sería si lo hiciera de inmediato.

5. EPÍLOGO

Tres semanas después de esta ponencia frente a la Asociación Colombo-Alemana de Juristas el legislador alemán subsanó su error. El 18 de noviembre de 2020 de nuevo reformó la Ley de Prevención y Contención de Contagios y eliminó el poco glorioso § 5, párr. 2, num. 3²².

²¹ *Servicios científicos del Bundestag, “Staatsorganisation und § 5 Infektionsschutzgesetz”* (Organización estatal y el § 5 de la Ley Federal de Prevención y Contención de Contagios) del 2.4.2020, WD 3–080.20.

²² BGBl. (Gaceta Federal) Volumen I, p. 2397.

REFERENCIAS

- FUCHS, Michael. (2020). Corona, Gesundheitsdiktatur und Legiszid (Corona, dictadura de la salud y legicidio), Die Öffentliche Verwaltung (DÖV). p. 653-659.
- JARASS, Hans/PIEROTH, Bodo. (2020). Kommentar zum Grundgesetz, 16a edición. Beck, Múnich: editorial C.H.
- KOKOTT, Juliane. (2004). Grundrechtliche Schranken und Schrankenschranken, en: MERTEN, Detlef/PAPIER, Hans-Jürgen (eds.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Volumen I. Müller, Heidelberg: editorial C.F. p. 853-908.
- POETZSCH, Fritz. (1925). “Vom Staatsleben unter der Weimarer Verfassung” (De la vida del Estado bajo la Constitución de Weimar), del 1 de enero de 1920 al 31 de diciembre de 1924, JöR (Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart), Volumen XIII. p. 1-248.
- WADLE, Elmar. (1983). “Das Ermächtigungsgesetz” (La Ley Habilitante de 1933), Juristische Schulung (JuS). p. 170-176.

