

RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO JURIDICO AUSTRIACO A LA PANDEMIA DEL CORONAVIRUS

JANIRE MIMENTZA MARTIN¹

*Profesora Adjunta de Derecho Constitucional
Universidad del País Vasco*

TRC, n.º 48, 2021, pp. 543-557
ISSN 1139-5583

SUMARIO

I. El marco jurídico de la República de Austria. II. Modificación del orden constitucional austriaco por la enfermedad COVID-19. III. La temprana y dinámica labor del Tribunal Constitucional ante la COVID-19. IV. Conclusiones.

I. EL MARCO JURÍDICO DE LA REPÚBLICA DE AUSTRIA

1. La «ruinosa» Constitución austriaca de 1920 frente a la pandemia del coronavirus

En general, debido a las medidas adoptadas para paliar la crisis sanitaria generada por la pandemia del coronavirus de 2019 (en adelante, COVID-19), los derechos fundamentales han sufrido restricciones en menor o mayor medida. Así, con la irrupción de esta enfermedad el principio de que «no es la libertad la que se debe justificar, sino su limitación y suspensión» ha dejado de ser una máxima. Por ello, cabe recordar, que los derechos fundamentales no solo surten eficacia en los buenos tiempos, sino que se aplican incluso en emergencias. Desde las primeras semanas de la pandemia estas cuestiones ya no solo interesan a los juristas, sino también a los ciudadanos austriacos, hasta ahora poco conocedores de sus derechos². Aunque esta

1 Miembro del Grupo de Investigación Constitucionalismo Multinivel y Derecho Comunitario del Sistema Vasco IT1380-19.

2 Según un reciente estudio presentado en la *Universidad Sigmund Freud* los austriacos conocen muy poco sus derechos fundamentales por su falta de transparencia. [Consulta: 11.05.2021]. Disponible en: https://www.lachmayer.eu/wp-content/uploads/2020/09/TT_Studie_-%C3%96sterreicher-wissen-zu-wenig-%C3%BCber-ihre-Grundrechte.pdf

situación es extrapolable a cualquier país europeo, este trabajo se centrará en el caso de la República de Austria, que desde hace tiempo suscita interés para los estudiosos por diversos motivos³, que no pretendo repetir, pero que menciono a continuación por la aplicabilidad posterior que tendrá en el trabajo, destacan sobre todo: por un lado, el control de constitucionalidad de las normas⁴, y por otro, las continuas reformas constitucionales.

En este contexto, es menester entender las características de la centenaria Constitución austriaca, que no está recogida en una sola ley, sino que comprende un conjunto de normas constitucionales⁵: además de la Ley Constitucional Federal de 1920 (en adelante, LCF), un gran número de leyes constitucionales federales, las disposiciones de carácter constitucional, que se encuentran recogidas en leyes federales ordinarias que contienen algún derecho, y varios tratados internacionales⁶. Desde los años sesenta, es conocida la generalizada afirmación del profesor de derecho constitucional de Innsbruck y ex Ministro de Justicia, Hans R. Klecatsky, de que la Constitución, debido a su fragmentación y susceptibilidad de cambio, era una «ruina». Los intentos de sistematización y codificación del Derecho constitucional austriaco que han tenido lugar hasta la fecha han resultado infructuosos⁷.

Teniendo en cuenta la complejidad y detallismo de la Constitución⁸, procede preguntarse en qué medida ésta y el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) han sido capaces de responder al reto de la defensa de los derechos fundamentales y el control de la constitucionalidad de las normas durante la pandemia.

2. El jubileo centenario de la Constitución y del TC austriaco en 2020

El año 2020 debería haber sido un gran año de aniversarios⁹, dado que, por un lado, el 1 de octubre de 2020 se cumplió el centenario de la aprobación de la

3 Para conocer más motivos *vid.* VERNET I LLOBET, J. *El Sistema Federal Austriaco*, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 17.

4 Para conocer más sobre el control de constitucionalidad de las normas por el Tribunal Constitucional. *Vid.* ARROYO GIL, A., «Rasgos Constitucionales del federalismo austriaco», en SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., *La reforma federal: España y sus siete espejos*, Madrid: Biblioteca Nueva, 2014, pp. 203-258 (254).

5 Sistema de información legal federal [Rechtsinformationssystem des Bundes] [consulta: 4.06.2021]. Disponible en: <http://www.ris.bka.gv.at/>

6 BINDER, B., TRAUNER, G., *Öffentliches Recht- Grundlagen*, Viena: Linde, 2008, pp. 44 y 45; ELÍAS MÉNDEZ, C., «El modelo Constitucional Austriaco desde la perspectiva de su interacción con el derecho de la Unión Europea», en: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 14, 2010, pp. 137-138.

7 La frecuente actualización de los textos constitucionales no ha permitido llevar a cabo las reformas pendientes, como por ejemplo la incorporación de un catálogo de derechos fundamentales en la Constitución. ELÍAS MÉNDEZ, C., *cit.*, pp. 144-146; BERKA, W., *Verfassungsrecht. Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium*, 7. ed, Viena: Verlag Österreich, 2018, pp. 21 y ss.

8 JAKAB, A., «Dos paradigmas encontrados del pensamiento Constitucional en Europa: Austria y Alemania», en: *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 88, 2010, pp. 131-162 (149); VERNET I LLOBET, J., *cit.*, p. 18.

9 FUCIK, R., «100 Jahre Verfassungsgerichtshof ParVG-Novelle 2018 Aus der Homepage des Justizressorts», en: *Österreichischen Juristen-Zeitung (ÖJZ)*, Viena: Manz Verlag, 2019, n.º 6, pp. 193-240.

LCF¹⁰ (*Bundesverfassungsgesetz*, B-VG), que es el «documento matriz» de la Constitución Federal, que consta de varias partes que se integran en la Constitución a través del art. 149 I LCF¹¹. Por otro lado, en enero de 1919 la Asamblea Nacional Provisional aprobó mediante la *Ley de Establecimiento de un Tribunal Constitucional Germano-Austriaco*¹² el TC (*Verfassungsgerichtshof*, VfGH), que constituye una de las aportaciones más relevantes de la Constitución de 1920¹³. En esta fecha se ampliaron las funciones que ostentaba el Tribunal Imperial (*Reichsgericht*), transformándose en el TC de la República¹⁴, que acaba de celebrar su centenario junto a la LCF. Por esta razón, 2020 debería haber sido un aniversario con muchas publicaciones, conferencias y eventos para honrar y reflexionar críticamente sobre la evolución y futuro de la Constitución. Sin embargo, la Constitución se ha discutido en un contexto diferente, en el cual la crisis del coronavirus ha dominado durante el transcurso del jubileo (y todavía lo hace). Como consecuencia, la creación y el control legislativo, en combinación con la defensa de derechos fundamentales, ha sido el tema clave desde el inicio de la crisis sanitaria.

3. Fundamento jurídico de los derechos fundamentales en Austria

La mencionada descripción de la «ruinosa» Constitución austriaca de Klecatsky también se ajusta a los derechos fundamentales¹⁵, dado que el derecho constitucional austriaco adolece —al contrario que en los textos constitucionales modernos¹⁶ posteriores— de un único catálogo de derechos, sino que los derechos y libertades se encuentran dispersos en diferentes textos normativos. Los derechos fundamentales en Austria tienen su fundamento jurídico en un gran número de leyes y tratados: *Ley Fundamental del Estado sobre los derechos generales de los ciudadanos* de 1867¹⁷ (*Staatsgrundgesetz*, StGG), que data del período monárquico y se incorpora a la LCF vigente a través de su art. 149 LCF, el *Convenio Europeo de*

10 Ley de 1 de octubre de 1920, que establece la República de Austria como Estado federal [Gesetz vom 1. Oktober 1920, womit die Republik Österreich als Bundesstaat eingerichtet wird (LCF)], Boletín de Leyes Federales (en adelante, BGBl), 1920/1.

11 Art. 149 I LCF: Además de la presente ley, se aplicarán como leyes constitucionales en el sentido del art. 44 I LCF, la Ley Básica de 21.12.1867, RGBl. n.º 142, sobre los Derechos Generales de los Ciudadanos para los Reinos y Tierras representados en el Consejo Imperial; [...] Sección V de la Parte III del Tratado de Estado de Saint-Germain de 10.9.1919, StGBI. n.º 303 de 1920.

12 StGBI 1919/48. El TC se basó en un proyecto de Hans Kelsen, que había preparado por encargo del Canciller del Estado Karl Renner.

13 FABER, R., «The Austrian Constitutional Court — An Overview», en: *The Vienna Journal in International Constitutional Law (ICL Journal)*, n.º 2, De Gruyter, 2008, pp. 49-53, Disponible en: <http://www.icljournal.com>.

14 Vid. VERNET I LLOBET, J., cit., p. 20; ELÍAS MÉNDEZ, C., cit., p. 153.

15 BERKA, W., cit., p. 22

16 ELÍAS MÉNDEZ, C., cit., p. 172.

17 Constitución Estatal sobre los Derechos Generales de los Ciudadanos [Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger], Boletín de Leyes del Reich (en adelante, RGBl) 1867/142.

*Derechos Humanos*¹⁸ (CEDH) y la *Carta Europea de Derechos Fundamentales* (CDFUE)¹⁹. Es de destacar que la importancia de los derechos fundamentales solo se hizo realmente evidente a través del CEDH²⁰. Por otra parte, la propia LCF contiene también algunos derechos²¹. Su diferente origen histórico y su inclusión en diferentes tipos de normas dificultan los intentos de sistematización de los derechos como conjunto ordenado y unitario²².

II. MODIFICACION DEL ORDEN CONSTITUCIONAL AUSTRIACO POR LA ENFERMEDAD COVID-19

1. Regulación de los estados de excepción: no se declara el estado de emergencia

Los estados de excepción no se encuentran regulados en la Constitución austriaca, la cual mediante las llamadas «cláusulas de emergencia», prevé normas, que permiten tomar medidas provisionales para evitar el caos en una crisis (art. 18 III & V LCF y art. 97 III & IV LCF)²³. La definición del contenido del término «estado de emergencia» es inconsistente; predominantemente se ve como «*una situación altamente peligrosa, que requiere con urgencia la superación del orden inmediato y la implementación de determinadas medidas del procedimiento «ordinario» de creación jurídica*» constitucional²⁴. Teniendo en cuenta la abundante actividad legislativa desde el inicio de la pandemia, difícilmente se puede hablar de una crisis en la creación del derecho²⁵. La crisis de la coronavirus no es una emergencia estatal en

18 Convenio Europeo de Derechos Humanos, BGBl 1958/210.

19 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DOC 2010/83 de 389.

20 BERKA, W., cit., p. 404.

21 Principio de igualdad (art. 7 LCF); derecho al juez predeterminado por la ley (art. 83 II LCF); derecho de los jueces a la independencia (art. 87 I LCF); derecho a la autonomía de los entes locales (art. 116 II LCF). A este elenco debemos añadir las leyes constitucionales que regulan un derecho como la Ley sobre la inviolabilidad del domicilio de 1862, el Acuerdo sobre la libertad de prensa de 1918 o la Ley constitucional federal sobre protección de la libertad personal de 1988.

22 WIEDERIN, E., «Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Österreich», en: VON BOGDANDY A., CRUZ VILLALÓN, P., HUBER, P. (eds.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag, vol. I, 2007, p. 440, marginal 114.

23 La Constitución prevé dos normas de emergencia. Por un lado, tenemos el art. 18 III y V LCF que regula el llamado Derecho de decreto de emergencia del Presidente Federal; posibilita la promulgación inmediata de medidas (que constitucionalmente requieren una resolución del Consejo Nacional), necesarias para evitar un daño evidente e irreparable en un momento en que el Consejo Nacional no está reunido, no puede reunirse a tiempo o se ve obstaculizado en sus actividades por fuerza mayor. Por otro lado, tenemos en el art. 97 III y IV LCF un derecho de decreto de emergencia —estructuralmente similar al anterior— del gobierno del Land. Vid. GAMPER, A., *Corona und Verfassung*, [Consulta: 1.05.2021]. Disponible en: <http://unipress.at>. Sobre decretos de emergencia del art. 18 LCF. Vid. ELÍAS MÉNDEZ, C., cit., p. 147.

24 KOJA, F., *Der Staatsnotstand als Rechtsbegriff*, Salzburg: Universitätsverlag Pustet, 1979, pp. 18-21.

25 FUCIK, R., LEHOFER, H.P., «2. Covid-19 Gesetz- Gesetzgebung i Schnelldurchlauf», en: *Österreichischen Juristen-Zeitung* (ÖJZ), Viena: Manz Verlag, 2020, n.º 7, p. 289.

el sentido tradicional de este término²⁶, más bien se podría calificar como un estado de excepción sanitario policial²⁷. En general, puede haber crisis que se intentan resolver sin aplicar la norma de emergencia porque los instrumentos «ordinarios» de elaboración de leyes se consideran suficientes para ello. Este último enfoque es el que siguió Austria al principio de la pandemia²⁸. Para hacer frente a las crisis sanitarias normalmente se debería de recurrir a la Ley de Epidemias de 1950 (EpG), pero —aunque se usó al principio de la crisis— debido a sus limitaciones se aprobó rápidamente la Ley de Medidas Covid-19²⁹.

2. Limitado alcance de la Ley de epidemias de 1950 frente a la Covid-19

La Ley de Epidemias³⁰ 1950 (en adelante, EpG) se basa en la *Ley de Prevención y Control de Enfermedades Transmisibles de 1913*³¹. Fue promovida para el restablecimiento de la Ley austriaca en la atención sanitaria. Al igual que mucha legislación del ordenamiento austriaco que se trata en este trabajo, la EpG tiene una trayectoria lejana. Hoy en día es bastante excepcional que una ley de la época monárquica todavía esté en vigor³².

Según los materiales sobre la Ley de Medidas Covid-19³³, ya desde el inicio de la pandemia fue más que evidente que las medidas enumeradas en el EpG no eran suficientes o eran de muy pequeña escala para evitar la propagación del virus. Por ejemplo, el Gobierno Federal en sus declaraciones ante el TC en los casos G 180/2020 y G 195/2020 indicó que las precauciones legales previstas en la EpG, no fueron diseñadas para reducir los contactos interpersonales en toda Austria³⁴. En concreto, en opinión del TC los §§ 20 y 32 EpG no tenían en cuenta la necesidad de cerrar toda o gran parte de la zona de clientes de los negocios por la pandemia. El legislador de la EpG de 1950 pensó evitar la propagación de la enfermedad por el país en base a la idea de una epidemia local, y solo permitió cerrar locales comerciales puntuales. Es decir, el legislador de EpG no

26 FISTER, M., cit., p. 406; FUCIK, R./LEHOFER, H.P., cit, p. 289; GAMPER, A., cit.

27 STÖGER, K., Der Rechtsstaat ist gesund und soll auch nicht erkranken, Die Presse 2020.12.03. [Consulta: 16.06.2021]. Disponible en: <http://www.diepresse.com>.

28 GAMPER, A., cit.

29 Ley federal sobre medidas provisionales para prevenir la propagación de Covid-19 (Ley de medidas Covid-19), BGBl I Nr. 12/2020, 15.3.2020.

30 BGBl 1950/186. La EpG 1950 se divide en cinco apartados. La *primera* parte trata sobre la identificación de la enfermedad. La *segunda* parte contiene la normativa legal sobre medidas para la prevención y control de enfermedades de declaración obligatoria. La *tercera* parte se dedica a la compensación y pago de costes. La *cuarta* parte a las disposiciones penales. Finalmente, la *quinta* parte trata sobre disposiciones generales.

31 RGBl. 1913/67.

32 BGBl 1947/114. Vid. HEISSENBERGER, W., 105 Jahre «Epidemiegesetz» — ein Gesetz im Wandel, *Journal für Medizin- und Gesundheitsrecht* (JMG), Viena: Manz Verlag, n.º 3, 2018, p. 163.

33 Documento IA 396/A XXVII/GP 11 sobre la Ley de Medidas Covid-19. FISTER, M., cit., p. 406.

34 STC 14.7.2020, G 202/2020; STC 14.7.2020, V 408/2020-20.

previó el cierre a gran escala de negocios tan necesario al inicio de la pandemia. Por lo que el legislador tuvo que aprobar la Ley de Medidas Covid-19³⁵, además de anular y modificar algunas disposiciones de la EpG, destacando aquí las diez modificaciones³⁶.

3. Modificaciones legislativas ordinarias y de rango constitucional relacionadas con el COVID-19

En general, la Constitución austriaca destaca por sus continuas modificaciones constitucionales³⁷ debido al procedimiento relativamente sencillo de reforma³⁸. La pandemia de coronavirus no solo ha puesto al país a prueba en el ámbito social y económico, sino sobre todo en el legal³⁹. En concreto, para hacer frente a la pandemia se han llevado a cabo tres reformas⁴⁰ de normas de rango constitucional⁴¹. Se resume de la siguiente forma: la *primera reforma*⁴² que trataba sobre la Segunda Ley de medidas Covid-19 tuvo lugar el 20 de marzo 2020 justo al inicio de la pandemia, que se hizo mediante la creación de cuatro leyes⁴³. La *segunda reforma*⁴⁴ trató sobre la Cuarta Ley de medidas Covid-19 que se llevó a cabo el 4 de abril de 2020. Como consecuencia se introdujeron tres modificaciones⁴⁵. La *tercera reforma* de rango

35 Ley federal sobre medidas provisionales para prevenir la propagación de Covid-19 (Ley de medidas Covid-19), BGBl. I Nr. 12/2020, 15.3.2020.

36 Hasta ahora, la Ley de Epidemias (EpG) ha sufrido diez modificaciones: BGBl. I Nr. 16/2020, BGBl. I Nr. 23/2020, BGBl. I Nr. 43/2020, BGBl. I Nr. 62/2020, BGBl. I Nr. 103/2020, BGBl. I Nr. 104/2020, BGBl. I Nr. 136/2020, BGBl. I Nr. 23/2021, BGBl. I Nr. 33/2021, BGBl. I Nr. 64/2021.

37 VERNET I LLOBET, J., cit., p. 17.

38 Según el art. 44 I LCF para la reforma de las leyes constitucionales o de las disposiciones constitucionales contenidas en leyes ordinarias exige la calificación expresa como «ley constitucional» o «disposición constitucional». Se requerirá la presencia en el Consejo Nacional de la mitad, como mínimo, de sus componentes, y la aprobación de la reforma por mayoría de dos tercios de los votos emitidos. ELÍAS MÉNDEZ, C., cit. p. 146.

39 Más detalles de las reformas, [consulta: 4.05.2021]. Disponible en: <https://www.ris.bka.gv.at>.

40 Reformas de rango constitucional relacionadas con Covid-19 [consulta: 4.05.2021]. Disponible en: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10000138>

41 «El sistema de fuentes es especialmente complejo en lo relativo a las normas de rango constitucional y la legislación. Se puede resaltar el problema de las disposiciones constitucionales contenidas en leyes ordinarias [...]». VERNET I LLOBET, J., cit., pp. 19-20. Las disposiciones constitucionales, dictadas dentro de las leyes ordinarias, que modifican determinados aspectos constitucionales, han tenido gran relevancia práctica, especialmente durante la dominación aliada. Vid. PETTA, P., *Il sistema federale austriaco*, Milano: Giuffrè, 1980, pp. 259-260.

42 BGB. I Nr. 16/2020, 20.3.2020.

43 Segunda Ley Covid-19: 1. Ley federal de medidas de acompañamiento al Covid-19 en el poder judicial (1a Covid-19-JuBG), 2. Ley federal de medidas especiales en derecho de sociedades por Covid-19 (Covid-19-GesG), 3. Ley federal sobre el establecimiento de un fondo por dificultades económicas en el contexto de Covid-19, 4. Ley Federal de Medidas de Acompañamiento de la Covid-19 en los procedimientos y tribunales administrativos, y del Tribunal Constitucional (Covid-19-VwBG). [consulta: 13.5.2021]. Disponible en: https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=BgbAuth&Dokumentnummer=BGBLA_2020_I_16

44 BGB. I Nr. 24/2020.

45 Cuarta Ley Covid-19: 2.ª Ley Federal de Medidas de Acompañamiento del Covid-19 en el ámbito judicial (2.ª Covid-19-JuBG), 2. Fecha seleccionada para toda la legislación de las medidas de acompañamiento

constitucional⁴⁶ —es más reciente— del 3 de enero de 2021 trató sobre la LCF, Ley Administrativa y la Ley de acompañamiento Covid-19⁴⁷. En definitiva, los últimos cambios son en su mayoría limitados en el tiempo y permitieron que el gobierno federal aprobara decretos para un determinado momento.

Mediante la *Ley federal sobre medidas provisionales para prevenir la propagación de Covid-19* se habilitó al Ministerio Federal de Trabajo, Asuntos Sociales, Sanidad y Protección al Consumidor (en adelante, BMSGPK) para otorgar decretos (*Verordnungsermächtigung*)⁴⁸. Tal y como se ha explicado aunque no se trataba de una emergencia estatal, se utilizaron técnicas legislativas típicas del Estado de emergencia. En relación a las medidas para contener la pandemia el legislador se retiró, para dejar paso habilitando a otorgar decretos al BMSGPK —a través de las medidas Covid-19— con las que se dictaron regulaciones uniformes en toda Austria⁴⁹. Es decir, se trasladó el equilibrio del poder legislativo al poder ejecutivo porque el decreto actúa más rápidamente⁵⁰. Entre las medidas provisionales destaca, por ejemplo, la consagración del principio de unanimidad en la toma de decisiones por parte del gobierno federal, así como la novedosa posibilidad de autorizar a los Ayuntamientos a adoptar resoluciones por votación circular o videoconferencia «en caso de circunstancias excepcionales» (limitada hasta diciembre de 2020). También, se promulgó una ley federal independiente sobre medidas complementarias al Covid-19 en materia de contratación pública, que contienen diversas disposiciones de procedimiento especiales para el gobierno federal y contratación pública⁵¹.

III. LA TEMPRANA Y DINÁMICA LABOR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE LA COVID-19

En el contexto de esta crisis sanitaria es de destacar la dinámica labor del TC en la garantía del cumplimiento de los derechos fundamentales⁵². En el pasado,

de Covid-19 en el ámbito de los derechos de propiedad industrial (no está vigente), 3. Ley constitucional federal sobre las medidas de acompañamiento de la Covid-19 en materia de contratación pública. [consulta: 24.5.2021]. Disponible en: <https://www.ris.bka.gv.at/eli/bgbl/I/2020/24>.

46 BGB. I Nr. 2/2021.

47 Se trata de una ley federal de rango constitucional por la que se modifica la LCF, la Ley de Acompañamiento del Derecho Administrativo Covid-19 y la Ley del Tribunal Administrativo de 1985. [consulta: 13.5.2021]. Disponible en: https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/BR/I-BR/I-BR_10489/index.shtml#tab-Uebersicht

48 FISTER, M, cit., p. 406.

49 E.j. Decreto del *Ministro Federal de Asuntos Sociales, Sanidad, Asistencia y Protección del Consumidor* (BMSGPK) de acuerdo con el § 2 n.º 1 de la Ley de Medidas Covid-19. BGBl II 2020/98; Ley federal sobre medidas provisionales para prevenir la propagación de Covid-19 (Ley de medidas Covid-19), BGBl I Nr. 12/2020, 15.3.2020.

50 FISTER, M, cit., p. 406.

51 GAMPER, A., cit.

52 BERKA, W., cit., p. 402.

durante largo tiempo adoptó una postura prudente tratando de no alterar las opciones del legislador, ni de influenciar la política, manteniendo una interpretación ceñida al tenor literal de las normas constitucionales. Desde hace algún tiempo, la doctrina ha detectado una importante evolución en la jurisprudencia de los últimos años, que la distingue como una Corte constitucional dinámica⁵³. Su actividad durante la pandemia no hace más que confirmar esta tendencia, porque el TC se ha pronunciado en numerosas ocasiones en defensa de los derechos fundamentales, que por razones de espacio no procede estudiar en profundidad en este trabajo⁵⁴. Como se verá a continuación, las medidas para prevenir la propagación del virus han afectado a toda una serie de derechos fundamentales: no se ha permitido encontrarse con personas fuera de la unidad convivencial, salir de casa, celebrar o asistir a eventos, abrir negocios, etc.

1. Las numerosas decisiones del TC ante las medidas provisionales para prevenir la propagación de COVID-19

En 2020, el TC tramitó un gran número de recursos relacionados con leyes y decretos destinados a contener la pandemia del coronavirus. Según publicaciones del *Sistema de Información Legal Federal*⁵⁵ hasta el 5 de febrero de 2021 hay 29 decisiones del TC⁵⁶. Además, otras trataron los recursos contra decisiones de los tribunales administrativos.

a) *Diferente justificación de la vulneración de derechos fundamentales en el tiempo*

Ya en la comentada sentencia del 14 de julio de 2020, el TC explicó la necesidad de ajustarse a los nuevos acontecimientos durante la pandemia al justificar

⁵³ WIEDERIN, E., cit., p. 153.

⁵⁴ Su actividad comienza en la señalada fecha del 8 junio de 2020 (V361/2020). Este hecho contrasta con la escasa actividad del TC en España en relación a los derechos fundamentales bajo la pandemia en nuestro país. En comparación, en España en el año 2020 solo se pronunció un auto por parte de la Sala Primera (Auto 40/2020, de 30 de abril de 2020. Recurso de amparo 2056-2020). Inadmite a trámite el recurso de amparo 2056-2020, promovido por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) en proceso contencioso-administrativo sobre ejercicio del derecho de manifestación.

⁵⁵ Sentencias del TC en *Rechtsinformationssystem des Bundes* (RIS). [Consulta: 3.6.2021]. Disponible en: <https://www.ris.bka.gv.at/Ergebnis.wxe?Abfrage=Vfgh&Entscheidungsart=Undefined&Sammlungsnummer=&Index=&SucheNachRechtssatz=False&SucheNachText=True&GZ=&VonDatum=&BisDatum=03.05.2021&Norm=&ImRisSeitVonDatum=&ImRisSeitBisDatum=&ImRisSeit=Undefined&ResultPageSize=100&Suchworte=%27covid-19%27&Position=1&SkipToDocumentPage=true>.

⁵⁶ Artículo sobre las sentencias del TC contra de los decretos sobre Covid-19. [Consulta: 3.6.2021]. Disponible en: <https://fachinfos.parlament.gv.at/politikfelder/arbeit-soziales/covid-19-entscheidungen-des-verfassungsgerichtshofes/>.

toda medida Covid-19 de restricción de los derechos fundamentales⁵⁷. En concreto, el TC se pronunció sobre la proporcionalidad de las medidas restrictivas de derechos fundamentales sufridas por dos establecimientos de venta de motocicletas. Al no ser absolutos, el interés por mantener la salud pública en tiempos de pandemia puede justificar la vulneración de derechos fundamentales respetando el principio de proporcionalidad. Es decir, la justificación de una limitación a los derechos fundamentales (ej. de la libertad de circulación, ejercitar la profesión, la propiedad, y el derecho a la vida privada y familiar) provocada por las restricciones de salida⁵⁸ o los cierres de negocios⁵⁹ debido al coronavirus, depende de si las medidas son proporcionadas.

Queda claro que las restricciones a la salida y los cierres de negocios sirvieron a un interés público «de peso»⁶⁰ como el de proteger la salud y fueron adecuados para conseguir este interés. Lo que es más difícil de evaluar es si las medidas son *necesarias* y *adecuadas* en el transcurso de la crisis del coronavirus⁶¹. Así, al principio de la crisis, cuando se desconocía el nivel de amenaza del coronavirus, se consideró que las restricciones de salida y los cierres de negocios no tenían alternativas posibles, pero más adelante, cuando quedó claro que las «precauciones de seguridad» de la mascarilla y el distanciamiento eran suficientes, se cuestionó su necesidad. Para evitar males mayores, se tiene en cuenta el tiempo de duración de la restricción y las medidas de acompañamiento que se han tomado⁶².

Por ejemplo, si se comparan las medidas para evitar la propagación de la enfermedad Covid-19 en su versión original⁶³ en relación a la *libertad de ejercer la profesión* (art. 6 StGG), se entiende que el cierre de establecimientos fue proporcionado. Los primeros meses de la pandemia se defendió la proporcionalidad de las medidas justificando que eran provisionales y se acompañaban subvenciones y fondos estatales. Sin embargo, a la luz de la evolución de los acontecimientos, se llegó a la conclusión de que no se podían mantener los cierres de negocios para proteger la salud. Sería suficiente tomar precauciones de seguridad, como llevar mascarilla y respetar las distancias de seguridad en el establecimiento⁶⁴. En este sentido, no se respetó el principio de proporcionalidad dado que no se justificaba el hecho de que las restricciones de cierre sólo se eliminaron en los negocios más pequeños de menos de 400m², pero no para los negocios de más de 400m²⁶⁵. Por último, el *derecho de reunión* (art. 12 StGG; art. 11 CEDH) prácticamente fue

57 STC G202/2020.

58 *Vid.* en particular V BGBl II 2020/98 sobre la base del § 2 Z 1 Ley de Medidas Covid-19.

59 *Vid.* en particular V BGBl II 2020/96 sobre la base del § 1 Ley de Medidas Covid-19.

60 La restricción se justifica por un interés público «de peso». *Vid.* STC 20.151/2017 FJ 2.4.5.

61 FISTER, M, cit., p. 408.

62 FISTER, M, cit., pp. 408-409.

63 BGBl I Nr. 12/2020, 15.3.2020.

64 STC G202/2020, 14 julio 2020, FJ. IV.1.

65 *Vid.* V BGBl II 2020/151.

eliminada⁶⁶ en los primeros meses de la crisis sanitaria, pero tan pronto como las medidas de protección alternativas (mascarilla y distanciamiento social) fueron suficientes, no fue posible justificar su prohibición⁶⁷.

b) *No hay derogación directa de leyes por parte del TC*

Durante el 2020 el TC no derogó ninguna ley relativa a la pandemia, ni tampoco sus enmiendas. Varios negocios se habían opuesto a la habilitación de prohibir la entrada en locales comerciales y a la falta de regulación de compensaciones económicas en la Ley de Medidas Covid-19. El TC no consideró la restricción como una vulneración del derecho fundamental a *la propiedad* (art. 5 StGG, art. 1 del primer protocolo extraordinario del CEDH). Esta era proporcionada dado que la prohibición de entrada estaba incluida en un amplio paquete de medidas y de rescate⁶⁸.

Sin embargo, una decisión dictada al mismo tiempo⁶⁹ dio pie a una modificación de la Ley de Medidas Covid-19: un ayudante universitario había impugnado con éxito las amplias restricciones al derecho fundamental de *libertad de circulación* (art. 4 StGG) del decreto de confinamiento de 15 de marzo⁷⁰. Le habían impedido salir de su residencia principal para llegar a su segunda residencia en Viena mediante transporte público con el fin de realizar allí el trabajo desde casa. El TC consideró que las restricciones no estaban contempladas en el texto legal. La Ley de Medidas Covid-19 solo permitía prohibir la entrada en «determinados lugares». Sin embargo, el decreto equivalía a una prohibición general de *salida*. Una intervención de este tipo requeriría una base jurídica concreta y definida con mayor precisión en la ley.

c) *Decisiones sobre decretos expirados*

En el momento en que se dictó la mencionada decisión V 363/2020 de 14 de julio, la disposición impugnada ya había caducado (1 de mayo), por lo que el ayudante universitario ya no podía ver limitada su *libertad de circulación*. No obstante, el TC reconoció un interés en su protección jurídica y se apartó (como se había hecho en casos aislados en el pasado) de la regla básica de que solo se impugnan

66 Véase el decreto del BMSGPK de 10.3.2020, 2020-0.172.682, que ordena a la BVB que prohíba la «congregación de grandes multitudes» en base al § 15 EpG.

67 En el texto § 15 EpG enmendado por BGBl I 2020/43 se expresa claramente («*Salvo y hasta que... sea absolutamente necesario*»). FISTER, M., cit., p. 409.

68 STC G 202/2020 de 14 de julio entre otros.

69 STC V 363/2020.

70 BGBl II 98/2020.

normas vigentes. Ya en el pasado había aceptado recursos de «reglas limitadas en el tiempo» que habían dejado de estar en vigor, porque seguían aplicándose y seguían surtiendo efecto. El sistema de reglas Covid-19 sirvió para hacer frente a una situación de crisis, que exigía un seguimiento y ajuste constante de las medidas y daba como resultado una «sucesión y modificación rápida de decretos». En tal situación, las disposiciones que habían expirado también⁷¹ podían afectar a los intereses legalmente protegidos del demandante (V 363/2020, margen n.º 32-40). Por tanto, la TC reconoció que las disposiciones en cuestión eran «ilegales». La mayoría de los casos dieron lugar a una declaración de ilegalidad retrospectiva de los decretos emitidos en la primavera de 2020. Solo en dos ocasiones se derogó una norma que seguía en vigor⁷².

d) *Impugnaciones de decretos y leyes inadmitidas*

Proporcionalmente muchas impugnaciones individuales (es decir, impugnaciones directas) de decretos y leyes fracasaron debido a la falta de exposición detallada de la afectación y los reparos constitucionales. En definitiva, fueron «rechazadas» por improcedentes. Ejemplos de ello se encuentran, entre otras, en las sentencias del TC G 130/2020, G180/2020, G 239/2020, G 283/2020, V 401/2020, V 432/2020, V 434/2020 y V 375/2020⁷³.

e) *Insuficiente documentación para la toma de decisiones justificadas*

Con un total de 16 sentencias⁷⁴ en siete meses se derogaron y declararon ilegales parte de las disposiciones de los decretos. En su mayor parte el TC basó su decisión en el hecho de que la autoridad competente no había justificado suficientemente los motivos del decreto⁷⁵. Ya en la sentencia relativa a la flexibilización

71 El factor *tiempo* desempeña un papel importante en las medidas, ya que si se aplicaran indefinidamente serían desproporcionadas e inconstitucionales. *Vid.* GAMPER, A., cit.

72 Véase la información sobre las disposiciones ilegales de los decretos Covid-19 según el TC en 2020, [Consulta: 3.6.2021]. Disponible en: <https://fachinfos.parlament.gv.at/politikfelder/arbeit-soziales/covid-19-entscheidungen-des-verfassungsgerichtshofes/>

73 *Vid.* n.º pie de página 56.

74 *Vid.* la tabla sobre las 16 sentencias del TC contra de los decretos sobre Covid-19. [Consulta: 3.6.2021]. Disponible en: <https://infogram.com/1p0ymdjpenkr0lseyz7q66ernxsl3ge2p>

75 Se pone como ejemplo la sentencia en la que se invoca el *principio de legalidad* según art. 18 LCF del 10 de diciembre de 2020. Dos alumnas y sus padres alegaron que la obligación de llevar mascarilla y la división de clases con enseñanza presencial y a distancia alternada vulneraban el derecho fundamental *a la educación y a la vida privada* (art. 8 CEDH) siendo contrarios al *principio de igualdad*. En el proceso ante el TC, el Ministro Federal de Educación, Ciencia e Investigación argumentó extensamente sobre la necesidad de las medidas del decreto escolar Covid-19 (C-SchVO), pero no presentó la documentación solicitada sobre el proceso de la emisión del decreto. El TC consideró que la obligación de usar mascarilla en edificios escolares

de las medidas para los negocios comerciales de 14 de julio de 2020⁷⁶, el TC dejó claro las consecuencias derivadas del principio de legalidad en la Administración, dado que la Ley de Medidas Covid-19 habían concedido a la administración un gran margen de maniobra⁷⁷ en sus decisiones, que en «tiempos normales» no tendría⁷⁸.

2. Propuesta de un nuevo procedimiento abreviado en el TC

A la vista de la dinámica legislativa en la lucha contra la pandemia del coronavirus, se ha puesto de manifiesto que los instrumentos de protección jurídica existentes en numerosas ocasiones fueron insuficientes para lograr una decisión sobre la constitucionalidad de las restricciones a los derechos fundamentales decretadas por el Estado. Se constata que las restricciones más graves a los derechos fundamentales en la primera ola de la crisis del Covid-19 expiraron. El TC sólo pudo decidir sobre su legalidad en retrospectiva, lo que no es inusual. Pero ante la gravedad de las limitaciones de los derechos fundamentales mediante la Ley de medidas Covid-19 el debate es nuevo: por ello se discute ahora la posibilidad de si es necesario instaurar un procedimiento de urgencia con medidas cautelares en el TC, para con ello garantizar una protección jurídica eficaz (como en Alemania⁷⁹, *Eilverfahren*)⁸⁰. Algunas iniciativas⁸¹ abogan ya por este procedimiento de urgencia que permitiría dictar órdenes provisionales cuando, de otro modo, la protección jurídica llegaría demasiado tarde una vez expirada⁸². Con

(vigente desde el 2 de junio) y la alternancia de turnos en las aulas (vigente hasta final del curso escolar 2019/20) era ilegal (únicamente) por la falta de documentación. El TC no abordó las supuestas vulneraciones de los derechos fundamentales. STC V 436/2020.

76 STC V 411/2020, margen n.º 74 y margen n.º 78-80.

77 STC 19.598/2011.

78 «Si la ley no determina el contenido del decreto de tal modo que su contenido deriva esencialmente de la ley, sino que abre el margen de la administración hasta el punto de que pueden derivarse de la ley contenidos del decreto muy diferentes, el titular del decreto debe tener en cuenta las circunstancias de acuerdo con la ley y registrar esto de manera comprensible en el procedimiento de emisión del decreto, para que se pueda verificar su regulación específica del decreto corresponde con la ley». FISTER, M., «Notstaatsrecht in Österreich», en: ZWITTER, A. (ed.), *Notstand und Recht. Im Überblick: Rechtstheorie, Völkerrecht, Europarecht, deutsches und österreichisches Recht*, Baden-Baden: Nomos, 2012, p. 160-196 (173).

79 En Alemania el TC está facultado para dictar medidas cautelares que suspenden la aplicación de una ley total o parcialmente (§ 32 en relación al § 93d II BVerfG).

80 FISTER, M., cit., p. 411.

81 Iniciativa por los Derechos y las Libertades Fundamentales, Von der (Nicht-)Existenz eines Grundrechts auf Gesundheit, [Consulta: 30.03.2021]. Disponible en: <https://www.initiativegrundrechte.at/artikel/detail/von-der-nicht-existenz-eines-grundrechts-auf-gesundheit>.

82 Opinión en contra de la introducción de este proceso ante el TC, vid. entrevista a FISCHER, H., In der Krise Recht bewahren, en: *Österreichisches Anwaltsblatt*, Viena: Manz Verlag, pp. 422-424 (423). «[...] En el proceso legislativo la propia palabra «proceso acelerado» es parte del problema: La validez final de una sentencia del TC no va bien con la noción de *procedimiento acelerado*. Además, hay que pensar bien si el TC no corre el riesgo de verse envuelto en disputas políticas antes de la promulgación de una ley si se pronuncia

ello se lograría un control inmediato del TC que haría que el legislador trabajara con más diligencia. Ya que normalmente el control constitucional tiene lugar demasiado tarde, con lo que el legislador consigue temporalmente —hasta cierto punto— lograr su objetivo. El procedimiento de urgencia ante el TC sería un elemento preventivo, que conduciría a un mayor cuidado y conciencia sobre los derechos fundamentales ante las medidas de Covid-19, y en los casos graves se podría parar la ejecución de las más restrictivas⁸³.

IV. CONCLUSIONES

Un reciente estudio de 2020 ha puesto en evidencia el desconocimiento de los derechos fundamentales entre los austriacos⁸⁴, que se debe fundamentalmente a su fragmentada y estratificada Constitución⁸⁵ y a la falta de un catálogo de derechos fundamentales. Ahora bien, la pandemia del coronavirus ha puesto a prueba su ordenamiento jurídico y sus derechos fundamentales. Las medidas provisionales para prevenir la propagación del Covid-19 han afectado a toda una serie de derechos, como los de circulación y residencia, ejercer la profesión, reunión, el derecho a la vida privada y familiar, la propiedad, protección de datos, educación y el de igualdad, entre otros. En este contexto, cabe destacar la dinámica labor del TC en la defensa de los derechos fundamentales que ha promovido su interés general.

El TC ya en sus primeras sentencias sobre las medidas Covid-19 de julio de 2020, dejó claro que el ciudadano no es el que debe «demostrar que es libre», sino que el Estado está sujeto al «deber de demostrar» que la intromisión en los derechos fundamentales está justificada. Es más, la urgencia del legislador no justifica la vulneración de los derechos fundamentales. Ante las críticas al legislador respecto al primer paquete de medidas de la Ley Covid-19⁸⁶ (acordado en un día) y Segundo paquete de medidas de la Ley Covid-19⁸⁷ (en 2 días se modificaron 44 leyes), se excusó argumentando la falta de tiempo. Sin embargo, que el decreto sobre las medidas Covid-19 respete los derechos fundamentales no depende del comportamiento subjetivo de su creador, sino de su contenido objetivo⁸⁸. Por tanto, aunque el TC ha reconocido que el ámbito de diseño de la legislación en

parcialmente sobre ella. La política tiende a trasladar las decisiones políticas delicadas al TC y esta tendencia podría reforzarse con un procedimiento de revisión preliminar».

83 FISTER, M, cit., p. 411.

84 Estudio presentado en la *Universidad Sigmund Freud* [Consulta: 11.05.2021]. Disponible en: https://www.lachmayer.eu/wp-content/uploads/2020/09/TT_Studie_-%C3%96sterreicher-wissen-zu-wenig-%C3%BCber-ihre-Grundrechte.pdf.

85 JAKAB, A., cit., pp. 131-162.

86 BGBl I Nr. 12/2020, 15.3.2020.

87 BGBl I Nr. 16/2020, 20.3.2020.

88 Ver (desde el punto de vista del art.7 LCF) STC 10.090/1984.

situaciones de crisis desconocidas⁸⁹ —como la actual— debe ser mayor, las escala de los derechos no cambia⁹⁰.

La tramitación apresurada de los procedimientos legislativos (1 o 2 días) que no permitió un examen parlamentario, no fue lo único criticado en el marco jurídico relativo a las medidas provisionales para prevenir la propagación Covid-19; también se criticó, por ejemplo, la regulación de las restricciones de los derechos fundamentales por decreto, la falta de claridad de las formulaciones legislativas y el carácter desproporcionado de las medidas restrictivas. Respecto a lo último, muy temprano el TC añadió que, cuanto más se sabe sobre el virus, los requisitos de justificación de las medidas y su comunicación aumentan. Por lo tanto, toda norma Covid-19, además de ser proporcionada y estar bien documentada, se ha de adaptar a los nuevos acontecimientos en el tiempo.

En definitiva, esta crisis sanitaria ha enseñado que existe un potencial de mejoras legales y procedimentales. Por un lado, las disposiciones legales a menudo no han sido lo suficientemente concretas, como, por ejemplo, la Ley de Epidemias de 1920 (EpG). Procede recordar que para esta crisis sanitaria se debería de haber recurrido a esta ley (EpG), pero debido a sus limitaciones se aprobaron las sucesivas Leyes de Medidas Covid-19. Se está adaptando la EpG a los nuevos retos. Por otro, en ocasiones el TC se pronunció demasiado tarde una vez la medida Covid-19 había expirado. Se propone la introducción de un procedimiento abreviado —como existe en Alemania— para acelerar la defensa de los derechos fundamentales por parte del TC.

Finalmente, a pesar de las mencionadas carencias y errores, es evidente que se ha evitado una sobrecarga del sistema sanitario. Para ello, el marco jurídico austriaco ha permitido reformar normas de rango constitucional clave para responder a la pandemia, por lo que esta crisis ha demostrado la valía de la centenaria Constitución ante los retos del Covid-19⁹¹. La conocida descripción de Klecatsky sobre la «ruinosa» Constitución de 1920 (LCF), también se ajusta a los derechos fundamentales⁹², que adolecen de un único catálogo de derechos. A pesar de ello, se ha garantizado el control de constitucionalidad de las normas Covid-19.

TITLE: *Response of the austrian legal order to the coronavirus pandemic*

ABSTRACT: *The coronavirus pandemic has tested not only the legal foundations of fundamental rights in Austria, but also the awareness of them. A study by the Sigmund Freud University 2020 states that Austrians' unfamiliarity with their rights is due to their fragmented and stratified constitution and the lack of*

89 STC V 411/2020, margen n.º 74 y margen n.º 78-80 y STC 19.598/2011.

90 FISTER, M., cit., p. 410.

91 GAMPER, A., cit.

92 BERKA, W., cit., p. 22.

a catalog of fundamental rights. The dynamic and early work of the Constitutional Court during the Covid-19 crisis has helped to promote the interest of the citizenry, which has been affected in a whole range of freedoms, such as movement and residence, exercising a profession, assembly, the right to private and family life, property, data protection, education and equality. Although for reasons of space it is not appropriate in this paper to address the defense of each right, the reader will get an impression of the challenges, legal and procedural shortcomings of the Austrian legal framework in the face of interim measures to prevent the spread of the Covid-19 disease. In this context, the versatility and agility with which the centuries-old Constitution and its Constitutional Court have responded in defense of fundamental rights is positively surprising.

RESUMEN: *La pandemia del coronavirus ha puesto a prueba no solo los cimientos jurídicos de los derechos fundamentales en Austria, sino también la conciencia hacia ellos. Un estudio de la Universidad Sigmund Freud de 2020 manifiesta que la poca familiaridad de los austriacos con sus derechos se debe a su fragmentada y estratificada Constitución y a la falta de un catálogo de derechos fundamentales. La dinámica y temprana labor del TC durante la crisis del Covid-19 ha ayudado promover el interés de la ciudadanía, que se ha visto afectada en toda una serie de libertades, como por ejemplo la circulación y residencia, ejercer una profesión, reunión, el derecho a la vida privada y a la vida familiar, propiedad, protección de datos, educación y la igualdad. Aunque por razones de espacio, en este trabajo no procede abordar la defensa de cada derecho, el lector obtendrá una impresión de los retos, carencias legales y procedimentales del marco jurídico austriaco frente a las medidas provisionales para prevenir la propagación de la enfermedad Covid-19. En este contexto sorprende positivamente la versatilidad y agilidad con la que la centenaria Constitución y su Tribunal Constitucional han respondido en defensa de los derechos fundamentales.*

KEY WORDS: *Covid-19 Measures Act, jurisprudence, fundamental rights, «ruinous» Constitution, pandemic.*

PALABRAS CLAVE: *ley de medidas Covid-19, jurisprudencia, derechos fundamentales, «ruinosa» Constitución, pandemia.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 23.06.2021

FECHA DE ACEPTACIÓN: 20.09.2021

