

CORONAVIRUS Y DERECHO (XXXVI): EL DERECHO DE NECESIDAD EN PAÍSES DE NUESTRO ENTORNO (ITALIA)

El afán previsor de las crisis por parte del Derecho está justificado por una idea primaria de buscar una seguridad de cómo debe comportarse el Poder ante las situaciones de emergencia para superarlas de la mejor manera posible. En las próximas entregas vamos a presentar las distintas previsiones normativas que sobre el Derecho en situaciones de crisis y, muy en particular, en la lucha contra la epidemia de coronavirus (COVID-19), existen en países de nuestro entorno. Salvando las dificultades que conlleva asomarse a ordenamientos jurídicos cuyo funcionamiento se desconoce en profundidad, expondremos de forma breve cuáles son las fuentes que reconocen esos poderes excepcionales para afrontar la situación extraordinaria, el tipo de medidas que se pueden adoptar y el control a que quedan sometidas¹.

En esta ocasión, nos centraremos en Italia, primer país europeo que se ha enfrentado a la gestión de la crisis sanitaria provocada por el coronavirus. Pero antes vamos a recordar sucintamente los elementos característicos del Derecho de necesidad.

Un breve recordatorio sobre la esencia del Derecho de necesidad.

La lucha contra las emergencias ha tenido como mecanismo característico la sustitución de las reglas jurídicas que rigen el día a día de una sociedad por una legalidad extraordinaria (que sólo puede aparecer en estas situaciones graves, y que debe desaparecer cuando estos peligros han dejado de existir). Esta

¹ La idea y la fuente de la que nos servimos para elaborar estas entregas de Derecho comparado están en el documento preparado para los miembros y para el personal del Parlamento Europeo como material de referencia en orden a ayudarles en su trabajo parlamentario. Este texto ha sido elaborado por Krisztina Binder, María Díaz Crego, Gianna Eckert, Silvia Kotanidis, Rafal Manko y Micaela Del Monte, y ha sido publicado bajo el título "States of emergency in response to the coronavirus crisis: Situation in certain Member States", EPRS/European Parliamentary Research Service, PE 649.408-May2020, disponible en www.europarl.europa.eu/thinktank

legalidad de excepción se fija hoy a través de normas constitucionales, pero también en otras normas de valor jurídico más reducido, como son las leyes, pueden fijarse disposiciones de necesidad.

El afán previsor de las crisis por parte del Derecho está justificado por una idea primaria de buscar una seguridad de cómo debe comportarse el Poder ante las situaciones de emergencia para superarlas de la mejor manera posible. En este sentido, se confieren enormes atribuciones a los sujetos a los que la sociedad confía la dirección de la lucha contra la crisis. Estos sujetos deben tener una gran capacidad jurídica para realizar esta tarea de interés general máximo, pudiendo a veces incluso limitar o, en los casos más graves, hasta suspender derechos y libertades fundamentales de las personas. Para evitar la tentación de abusar de estos poderes tan inmensos se trazan tanto unas limitaciones jurídicas como unos sistemas de control del correcto uso de los poderes de necesidad y de sus limitaciones.

a) Las limitaciones frente a los poderes de necesidad son, esencialmente, de dos tipos: por un lado, la propia existencia de una situación de crisis, esto es, la concurrencia de un peligro frente a un fin comunitario esencial; y, por otro, la proporcionalidad que debe revestir cada una de las medidas de necesidad utilizadas en su lucha contra cada emergencia concreta. El principio jurídico de proporcionalidad se hace efectivo, como ya sabemos, mediante una aplicación sucesiva de tres elementos: en primer término, la adecuación temporal, espacial y material de las medidas para hacer frente a la crisis; en segundo término, la selección posterior, de entre las posibles medidas adecuadas, de la menos lesiva para los derechos de los ciudadanos y para el interés general; y tercer término, la proporcionalidad en sentido estricto, que impide que una medida adecuada y menos lesiva pueda, incluso, ser utilizada si sus efectos negativos sobre los derechos de los particulares o sobre el interés general se encuentran manifiestamente fuera de proporción en relación con los beneficios derivados de la lucha frente a las crisis.

b) Los controles del respeto por los poderes de necesidad de estos límites son, ciertamente, trascendentales. Los sistemas de control tienen naturaleza diferente (y recurren, consecuentemente, a parámetros de fiscalización diferentes). Existen, en primer lugar, mecanismos políticos de control ejercitados por el Parlamento, utilizando parámetros estrictamente de oportunidad política; en segundo lugar, los controles administrativos efectuados por órganos de esta naturaleza, que se valen de criterios tanto de legalidad como de oportunidad administrativa; y, en tercer lugar, el sistema de cierre último está ofrecido por los órganos jurisdiccionales (desde los Tribunales Constitucionales que controlan las decisiones máximas de activación de los poderes de crisis, hasta todos los jueces y tribunales ordinarios integrados en el seno del Poder Judicial, que pueden controlar, en función de sus respectivas competencias, las distintas medidas de necesidad adoptadas durante la situación de crisis).

El Derecho de necesidad en el ordenamiento jurídico italiano.

A) La Constitución Italiana de 1948 contiene diversas previsiones normativas que permiten hacer frente a la necesidad y la urgencia, aunque no establece reglas específicas que se refieran al Derecho de excepción. El único estado previsto en el texto constitucional italiano es el estado de guerra, en caso de amenaza de un conflicto armado, cuya declaración corresponde a las Cámaras con atribución de los poderes necesarios al Gobierno².

La transferencia de poderes especiales a una institución concreta que permite la implementación de medidas específicas en circunstancias extraordinarias se contempla en dos preceptos constitucionales. En primer lugar, el Gobierno puede intervenir y reemplazar a las entidades territoriales (regiones, provincias, ciudades metropolitanas y municipios) en el ejercicio de sus poderes “en caso

² El art. 78 de la Constitución italiana prevé: “Las Cámaras decretan el estado de guerra y confieren al Gobierno los poderes necesarios”. Son dos las Cámaras que componen el Parlamento italiano: la Cámara de Diputados y el Senado.

de peligro grave para la incolumidad y la seguridad pública”³. En este supuesto, una ley debe garantizar que los poderes de necesidad serán ejercidos respetando el principio de subsidiaridad y el principio de leal colaboración.

En segundo lugar, el Gobierno puede adoptar decretos-leyes, con el mismo rango que las leyes ordinarias, si una situación extraordinaria de urgencia y necesidad lo requiere⁴. Los decretos-leyes deben presentarse al Parlamento (Cámara de Diputados y Senado) para su conversión en ley dentro de los sesenta días posteriores a su adopción, perdiendo toda eficacia desde el principio si no fueran convertidos en leyes dentro de este plazo. Ha sido éste el instrumento legal que se ha utilizado mayoritariamente para dar respuesta a la pandemia de coronavirus.

Además de la Constitución, otras normas legales italianas regulan los poderes de necesidad. En concreto, el Código de Protección Civil⁵ prevé la declaración de un estado de emergencia (“**stato di emergenza di rilievo nazionale**”) para aquellos eventos calamitosos de origen natural o derivados de la actividad humana que requieren medios y poderes extraordinarios para una respuesta inmediata por un tiempo limitado⁶. El art. 24 de este Código establece que el Consejo de Ministros, a propuesta del Presidente del Consejo de Ministros o a

³ En concreto, el párrafo segundo del art. 120 de la Constitución italiana dispone: “El Gobierno podrá sustituir a los órganos de las Regiones, de las Ciudades metropolitanas, de las Provincias y de los Municipios cuando no se respeten las normas o tratados internacionales o la normativa comunitaria, o en caso de peligro grave para la incolumidad y la seguridad pública, o bien cuando lo exija la tutela de la unidad jurídica o de la unidad económica y, en particular, la tutela de los niveles esenciales de las prestaciones concernientes a los derechos civiles y sociales, prescindiendo de los límites territoriales de los gobiernos locales. Una ley definirá los procedimientos aptos para garantizar que los poderes substitutivos sean ejercidos respetando el principio de subsidiaridad y el principio de leal colaboración”.

⁴ El art. 77 de la Constitución Italiana establece: “El Gobierno no puede, sin delegación de las Cámaras, dictar decretos con fuerza de ley ordinaria.

Cuando, en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia, el Gobierno adopte, bajo su responsabilidad, medidas provisionales con fuerza de ley, deberá presentarlas a las Cámaras ese mismo día para su conversión, las cuales, incluso hallándose disueltas, serán debidamente convocadas y se reunirán dentro de los cinco días siguientes.

Los decretos perderán toda eficacia desde el principio si no fueren convertidos en leyes dentro de los sesenta días desde su publicación. Las Cámaras podrán, sin embargo, regular mediante ley las relaciones jurídicas surgidas en virtud de los decretos que no hayan sido convertidos.”

⁵ Decreto Legislativo n.1 del 2 gennaio 2018: Codice della protezione civile (*Gazzetta Ufficiale n. 17 del 22 gennaio 2018*).

⁶ El art. 7 del Código de protección civil recoge la tipología de situaciones de emergencia de protección civil. La letra c) de este artículo tipifica aquellos supuestos en los que puede declararse el estado de emergencia.

solicitud del Presidente de la Región o de la Provincia autónoma correspondiente, podrá acordar el “**stato di emergenza di rilievo nazionale**”, determinando su duración (que no puede exceder los doce meses, prorrogables por otros doce meses) y su extensión territorial (atendiendo a la naturaleza de la situación de peligro), así como autorizando la emisión de las correspondientes órdenes de protección civil. El contenido y los límites de estas órdenes que se pueden aprobar, sobre la base de la resolución del estado de emergencia, quedan regulados en el art. 25 del Código de Protección Civil.

Por su parte, la Ley 833/1978, de 23 de diciembre, sobre Ordenación del Servicio Sanitario Nacional, habilita al Ministro de Salud para adoptar órdenes de carácter contingente y urgente en materia de salud pública con eficacia en todo el territorio o parte de él⁷. Esta misma potestad se reconoce también a los Presidentes regionales y a los Alcaldes, que pueden aprobar órdenes con eficacia en la región o en el municipio correspondiente.

B) El 31 de enero de 2020, una decisión del Consejo de Ministros declaró el estado de emergencia por un período de seis meses⁸. Con anterioridad a esta decisión, el Ministerio de Salud, sobre la base de los poderes de necesidad conferidos por la Ley 833/1978, ya había prohibido el tráfico aéreo desde China, mediante órdenes de 27 y el 30 de enero de 2020, tras confirmarse los primeros casos de contagio de coronavirus en el país. A través de órdenes de este Ministerio se acordaron también, a finales del mes de febrero, medidas de confinamiento y suspensión de diversas actividades (reuniones públicas y actividades educativas, comerciales o culturales) en municipios y regiones del centro y norte de Italia (Lombardía, Emilia Romana, Véneto, Friuli-Venecia Julia, Piamonte y Liguria).

⁷ Art. 30 Legge 23 dicembre 1978, n. 833, Istituzione del servizio sanitario nazionale (*Gazzetta Ufficiale*, Serie Generale n.360 del 28-12-1978 - Suppl. Ordinario).

⁸ Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili (*Gazzetta Ufficiale*, [Serie Generale n.26 del 01-02-2020](#)).

Con la aprobación del Decreto-ley 6/2020, de 23 de febrero, el Gobierno italiano estableció una serie de medidas que las autoridades nacionales competentes podrían adoptar para contener la pandemia de coronavirus. Entre la larga lista de medidas que se recogen en el art.1 de esta disposición se encuentran: la prohibición de abandonar o de acceder a municipios o áreas afectadas por parte de la población; la suspensión de eventos o iniciativas de cualquier tipo, de eventos y todas las formas de reuniones en lugares públicos o privados; la suspensión de la educación escolar, superior y universitaria; la suspensión de actividades comerciales, etc.⁹. Estas medidas se han ido implementando mediante decretos del Primer Ministro, al tiempo que se han ido adoptando otras medidas administrativas, financieras y generales. La amplitud con la que este Decreto-ley 6/2020 confería tales poderes de necesidad al Primer Ministro, al contener una “cláusula abierta” que le permitía adoptar “cualquier otra medida necesaria”, ha sido fuertemente cuestionada, lo que ha supuesto en la práctica la derogación de esta disposición mediante la aprobación del Decreto-ley 19/2020, de 25 de marzo, en el que se efectúa una delimitación más precisa de los poderes gubernamentales para el caso de aprobación de los decretos del Primer Ministro¹⁰.

C) La respuesta italiana al coronavirus se ha realizado fundamentalmente mediante normas gubernamentales en forma de decretos-leyes, decretos del Primer Ministro y órdenes ministeriales. En el caso de los decretos-leyes, el control político de la condicionalidad de la necesidad y de la urgencia para su adopción corresponde al Parlamento, que tiene la facultad de convertir el decreto-ley en ley dentro de los sesenta días siguiente de su publicación, perdiendo, de lo contrario, toda su eficacia desde el principio si no fuera convertido¹¹.

⁹ **Decreto-legge** 23 febbraio 2020, n. 6, Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 (*Gazzetta Ufficiale*, n.45 del 23-02-2020).

¹⁰ Decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 (*Gazzetta Ufficiale*, Serie Generale n.79 del 25-03-2020).

¹¹ Véase el art. 77 de la Constitución italiana.

Con respecto a los decretos ministeriales y a las órdenes de protección civil, quedan sujetos al control de la jurisdicción ordinaria (administrativa por violación de un interés legítimo o jurisdicción civil en caso de violación de los derechos legales). Más controvertido resulta el control de los decretos del Primer Ministro, en cuanto que éstos pueden contener medidas restrictivas que afectan a varios derechos fundamentales (libertad personal, libertad de circular, expresión religiosa, espíritu empresarial, etc.), cuya impugnación queda sometida también a la jurisdicción ordinaria.

En Cáceres, a 14 de mayo de 2020.

Vicente Álvarez García
Catedrático de Derecho
Administrativo

Flor Arias Aparicio
Profesora Contratada
Doctora

Enrique Hernández-Diez
Personal Científico e
Investigador