

SESPAS CONSIDERA NECESARIA UNA REFORMA LEGISLATIVA QUE CLARIFIQUE LAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES QUE PUEDEN ADOPTARSE EN SITUACIONES DE CRISIS SANITARIA

La respuesta a la pandemia ha exigido la adopción de incisivas medidas limitativas de derechos fundamentales que nunca habíamos usado antes en nuestra democracia: confinamientos domiciliarios, cierres perimetrales, toques de queda nocturnos, limitaciones del derecho de reunión y en el derecho a la libertad de culto, etc. Actuaciones que se han mostrado como un instrumento fundamental en los planes de respuesta implementados, pero con un alto impacto en los derechos fundamentales.

Sin embargo, la situación ha hecho evidente una insuficiencia de la legislación especial en materia de salud pública¹ y su falta de adecuación cuando es necesario adoptar medidas limitadoras de derechos fundamentales con carácter general. Nuestra legislación orgánica considera alteraciones graves de la normalidad las situaciones de crisis sanitaria como las epidemias², disponiendo para estos supuestos la declaración del estado de alarma. Esta ha sido la vía principal utilizada para una intervención homogénea en todo el Estado. Inicialmente, con el control directo del Gobierno y, en los últimos seis meses, para establecer unos criterios mínimos y dar cobertura jurídica a las actuaciones de las comunidades autónomas. Nuestra regulación permite también la posibilidad de que cualquier comunidad autónoma pueda solicitar del Gobierno la declaración del estado de alarma para su territorio.

En definitiva, para la puesta en marcha de las necesarias actuaciones en salud pública se han utilizado dos vías: la aplicación de la legislación orgánica en materia de salud pública, que exige la autorización o ratificación judicial de las medidas que se adopten, y la declaración del estado de alarma, que permite la limitación de la movilidad nocturna y el cierre perimetral de comunidades autónomas y municipios sin necesidad de intervención judicial. Este marco dual se complementa con la legislación ordinaria sanitaria y con otras normas específicas que posibilitan la adopción de otras muchas medidas de lucha contra la pandemia, como por ejemplo el uso obligatorio de

¹ Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública

² Artículo 4.b) de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio

mascarillas³ o limitación de aforo en establecimientos. Aunque estos dos marcos jurídicos no son excluyentes entre sí, la dualidad regulatoria y su aplicación en distintos momentos y con distinta intensidad ha creado problemas de seguridad jurídica y un cierto desconcierto en la población y en los propios profesionales de la salud pública.

A la vista de la situación jurídica tan compleja, en **SESPAS**, como asociación de sociedades científicas que agrupa a más de 3.500 personas asociadas:

1. Preocupa especialmente el retraso que puede suponer en la toma de decisiones de salud pública la intervención judicial para autorizar o ratificar las medidas que implican limitar derechos fundamentales, así como la posible existencia de resoluciones contradictorias entre los distintos Tribunales Superiores de Justicia de las comunidades autónomas, para una pandemia producida por el mismo coronavirus.

Además, se puede generar un problema de constitucionalidad al situar a los tribunales de justicia como copartícipes ejecutivos en el proceso de adopción de medidas administrativas, siendo más grave cuando éstas se adoptan mediante disposiciones reglamentarias de carácter general.

Inquieta, por un lado, que algunas de las medidas de intervención no farmacológica adoptadas por la autoridad sanitaria no siempre hayan resultado autorizadas por los tribunales. Por otro, que el diferente criterio judicial haya supuesto que medidas aceptadas en unas comunidades autónomas no puedan ponerse en marcha en otras, con el desconcierto que ello genera en la población y los graves problemas de salud pública que pueden plantearse. Ejemplos claros se encuentran en Madrid y País Vasco. Las decisiones de salud pública, que deben tener un mínimo de coherencia en todo el Estado, no pueden depender de lo que puedan decidir diecisiete tribunales distintos.

³ Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

El Gobierno ha asumido este problema de la posible disparidad judicial y acaba de adoptar medidas urgentes para introducir un recurso de casación exprés ante el Tribunal Supremo para que unifique y señale los criterios a seguir en esta materia en caso de resoluciones judiciales contradictorias⁴. Sin embargo, en SESPAS preocupa especialmente el retraso que estos pronunciamientos pueden suponer para la adopción de medidas que, por su propia naturaleza, requieren de inmediatez en su aplicación ante un eventual aumento de la incidencia acumulada y cuando sea necesaria la adopción de actuaciones de respuesta coordinada para el control de la transmisión de COVID-19⁵. La puesta en funcionamiento de este mecanismo exige que transcurran con facilidad **15 días** para el correspondiente Tribunal Superior de Justicia se pronuncie y el Tribunal Supremo tramite el procedimiento y resuelva el recurso, fijando la doctrina aplicable a la medida limitativa del derecho fundamental afectado.

2. Se insta a nuestros poderes públicos a clarificar esta materia. Nuestra Constitución exige una ley orgánica para restringir derechos fundamentales. En el caso de enfermedades transmisibles, como sucede con la COVID-19, la Ley orgánica de medidas especiales en materia de salud pública de 1986 prevé la posibilidad de que se puedan adoptar determinadas medidas para el control de las personas que contraigan la enfermedad, de aquellas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así *“como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”*. Se trata de una cláusula genérica y habilitante que permitiría la adopción de cualquier tipo de medida. Ahora bien, como ha declarado nuestro Tribunal Constitucional⁶, por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal

⁴ Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

⁵ Actuaciones de respuesta coordinada para el control de la transmisión de COVID-19 (actualización de 26 de marzo de 2021)
https://www.msbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Actuaciones_respuesta_COVID_26.03.2021.pdf

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 76/2019, de 22 de mayo de 2019.

en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, precisa una habilitación legal. Dicha ley “ha de expresar todos y cada uno de los presupuestos y condiciones de la intervención” pues, en caso contrario, *“la ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla”*.

Como recientemente ha señalado en Consejo de Estado, el desarrollo mediante ley ordinaria de materias relacionadas con los derechos fundamentales es posible si la legislación orgánica (en este caso la de medidas especiales en materia de salud pública) hace una remisión adecuada y concreta, pero no puede suponer una habilitación genérica.

La limitación de la libre circulación de las personas por el territorio nacional o durante determinadas franjas horarias está vinculada directamente a la previa declaración del estado de alarma. Aunque cabe la posibilidad de que las comunidades autónomas puedan solicitar al Gobierno la declaración de un estado de alarma para su territorio, en SESPAS consideramos necesario repensar todo este marco jurídico para clarificarlo e introducir mayores dosis de seguridad jurídica en esta materia. Proponemos una regulación específica de carácter orgánico que permita afrontar situaciones de crisis sanitaria mediante la adopción de medidas de salud pública adecuadas, garantizado la correcta coordinación en todo el Estado, la rendición de cuentas y el papel de los parlamentos, la lealtad institucional, el aprovechamiento de la alta capacidad científica y técnica del conjunto de profesionales de salud pública. Esta regulación debería contemplar:

- Capacidad de **coordinación** de estas medidas excepcionales por parte del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, reduciendo al mínimo posible los tiempos de tramitación, dotando a este de una mayor capacidad decisoria y vinculante como órgano de gobierno del sistema en situaciones de emergencia sanitaria derivadas de epidemias o catástrofes.
- Constitución de un **comité asesor** conformado de manera mixta por los perfiles técnicos en salud pública de nuestro sistema de salud y por personas expertas de reconocido prestigio, como órgano de asesoramiento en estas situaciones de

crisis sanitaria. Sus recomendaciones deberían ser públicas. Esto aportaría seguridad y transparencia a las decisiones.

- Sin perjuicio de mantener la cláusula general habilitante y la posibilidad de adoptar las medidas que puedan resultar necesarias si se produjera cualquier otro tipo de riesgo o crisis sanitaria grave, referencia detallada y **tipificación** de aquellas intervenciones de salud pública que afecten a derechos fundamentales, con la clarificación de su concreto régimen jurídico, tales como:
 - Las cuarentenas obligatorias.
 - La limitación o restricción de la circulación o movilidad de las personas en zonas y horarios determinados.
 - El control de la salida o de entrada en las zonas afectadas por una epidemia.
 - Las restricciones a las reuniones o agrupaciones de personas.