

El derecho a la protección de la salud: competencia compartida y propuestas de futuro

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD.—III. EL PAPEL DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES Y LAS COMPETENCIAS ESTATALES Y AUTONÓMICAS EN MATERIA DE SALUD PÚBLICA.—IV. PROPUESTAS DE FUTURO EN MATERIA DE SALUD PÚBLICA.

RESUMEN

El presente trabajo versa sobre las múltiples incidencias que la crisis sanitaria ocasionada por la pandemia de COVID-19 ha tenido en nuestro ordenamiento, de las que trataremos, sin ánimo exhaustivo, las más relevantes en relación con la primacía del derecho a la protección de la salud que se ha transformado en un derecho delimitador del ejercicio de otros derechos fundamentales y libertades públicas.

Otra cuestión relevante ha sido la incidencia de la pandemia en el reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas en materia sanitaria, singularmente en salud pública y la repercusión en esta materia de las resoluciones judiciales sobrevenidas.

Por último, haremos un examen de las propuestas que pueden plantearse hacia el futuro para la recuperación del ordenamiento jurídico, especialmente en el ámbito del Derecho sanitario, que permitan reaccionar ante emergencias con mayor seguridad jurídica y más garantías, en particular en relación con los derechos y libertades de los ciudadanos.

PALABRAS CLAVE: *Derechos, protección de la salud, salud pública, Derecho sanitario.*

* Letrada de la Asamblea de Madrid.

ABSTRACT

The paper examines several implications that health crisis caused by the COVID-19 pandemic has had in our legal system. The paper focus on the most relevant, specially those that relate to the growing significance of the right to health protection, which has become bounding of other fundamental rights and public freedoms.

Another relevant issue has been the incidence of the pandemic in the distribution of powers between the State and the Autonomous Communities in health matters, particularly in public health, and the impact on this matter of the judicial decisions that have occurred.

At last, but not least, the paper examines the proposals that may be made in the future for the recovery of the legal system, especially in the field of health law, which allow us to react to emergencies with greater legal certainty and more guarantees, in particular in relation to rights and freedoms of citizens.

KEYWORDS: *Rights, right to health protection, public health, Health Law.*

I. INTRODUCCIÓN

El abordaje de la pandemia ocasionada por el coronavirus SARS-Cov-2 para intentar frenarla y paliar sus efectos sobre la vida y la salud de los ciudadanos ha tenido un enorme impacto en el ordenamiento jurídico suscitando numerosos problemas jurídicos, de naturaleza transversal en la mayoría de los casos.

En el presente trabajo no nos vamos a ocupar de muchos de ellos, en particular no lo haremos sobre las cuestiones relacionadas con la limitación de la libertad de empresa, tampoco sobre las materias vinculadas con el Derecho del Trabajo ni sobre las medidas adoptadas para minimizar el impacto sobre los actores económicos, tanto trabajadores como empresarios, de la crisis económica ocasionada por la priorización del derecho a la protección de la salud por encima de todas las demás materias.

En este trabajo nos vamos a centrar, precisamente, en la importancia adquirida por el derecho a la protección de la salud y en cómo la realidad ha impuesto la prevalencia del mismo, incluso, sobre los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados en nuestra Constitución.

Asimismo, trataremos de la repercusión institucional del coronavirus y de las medidas adoptadas para protegernos del mismo en dos manifestaciones muy concretas: por un lado, la disminución del control parlamentario sobre los gobiernos estatal y autonómicos, singularmente durante el primer estado de alarma y, por otro lado, en el esclarecimiento del reparto entre Estado y Comunidades Autónomas de la competencia en materia sanitaria, especialmente, en materia de salud pública, respecto de la que queda pendiente de concretar el papel de la Unión Europea de cara al futuro a medio plazo.

Por último, nos detendremos en las propuestas que cabe hacer en materia de Derecho Sanitario hacia el futuro.

II. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

Una de las cuestiones más relevantes desde la aprobación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 ha sido la paradoja de la prevalencia del derecho a la protección de la salud por delante de los pilares de nuestro ordenamiento constitucional: los derechos fundamentales y las libertades públicas, las relaciones entre los poderes legislativo y ejecutivo, especialmente en lo relativo a la función del control parlamentario y, finalmente, la manifestación del Estado autonómico como un Estado descentralizado con funciones de coordinación y colaboración que se han venido a denominar de “cogobernanza”, término ajeno al texto constitucional pero que sin duda ha venido para quedarse, al menos en el ámbito de la competencia en materia de sanidad.

La paradoja reside en que el derecho a la protección de la salud aparece configurado en nuestro ordenamiento constitucional no como un derecho fundamental sino como uno de los principios rectores de la política social y económica. Así lo pone de manifiesto su regulación en el artículo 43 de la Constitución, ubicado en el Capítulo Tercero del Título Primero y conforme al cual:

- “1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.
2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.
3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio”.

En este sentido, la primera cuestión a delimitar es la diferencia entre el derecho a la protección de la salud, que reconoce nuestra Norma Fundamental, del derecho a la salud.

En efecto, no es posible reconocer y mucho menos garantizar un derecho a la salud, ya que tanto esta como su reverso, la enfermedad, quedan fuera del alcance de la disposición de los poderes públicos: no cabe reconocer un derecho a estar sano como no cabe un derecho a ser curado en caso de enfermarse, de ahí que la obligación de los poderes públicos constituya una obligación de medios, pero no de resultados.

En los poderes públicos reside la obligación de poner a disposición de los pacientes todos los medios de diagnóstico y tratamiento existentes de acuerdo con el estado de la ciencia y de la técnica en cada momento destinados a poder obtener su curación, una mayor expectativa de vida o una mejor calidad de vida, extremos respecto de los que en ningún caso se puede garantizar su consecución.

Pero el derecho a la protección de la salud contiene no solo esas medidas de carácter prestacional o asistencial, también comprende un aspecto preventivo, que es del que se ocupa la salud pública. En este aspecto preventivo la obligación de los poderes públicos en relación con el derecho a la protección de la salud va más allá del carácter meramente asistencial o prestacional, pudiendo extender su ámbito de actuación a otras medidas de carácter tanto preceptivo como prohibitivo respecto de las actuaciones de los ciudadanos, valga como ejemplo la prohibición de fumar en lugares públicos como una de estas medidas prohibitivas.

Para abundar en esta paradoja de la prevalencia de un principio rector de la política social y económica hemos de acudir a lo establecido por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, en su redacción dada por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, cuyo artículo 35, bajo la rúbrica “Protección de la salud” establece:

“Toda persona tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de la salud humana”.

En este precepto se deslindan claramente las dos facetas a las que más arriba hacíamos referencia: la preventiva o de salud pública y la asistencial o prestacional.

Sin embargo, como es sabido, los derechos contemplados en la Carta solo son vinculantes para los Estados miembros cuando actúan en ejercicio de competencias europeas o en aplicación de normas de la Unión Europea, por lo que, aunque el derecho a la protección de la salud está contemplado como un derecho fundamental en la misma, sigue sin tener tal consideración en el Derecho interno, de ahí la importancia del desarrollo de competencias en el ámbito de la Unión Europea en materia de salud pública que intentaremos desarrollar más adelante.

Ciñéndonos al Derecho interno, las normas que regulan la salud pública en España son escasas, antiguas y se han revelado como insuficientes para dar respuesta sin necesidad de acudir a la legislación extraordinaria para afrontar la crisis sanitaria ocasionada por la pandemia de coronavirus.

Por ello, la primera respuesta fue la decisión del Gobierno de España de acordar el estado de alarma mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. Esta norma, en su artículo séptimo limitaba el derecho a la libre circulación de las personas con las siguientes excepciones:

- a) Adquisición de alimentos, productos farmacéuticos y de primera necesidad, así como adquisición de otros productos y prestación de servicios de acuerdo con lo establecido en el artículo 10.

- b) Asistencia a centros, servicios y establecimientos sanitarios.
- c) Desplazamiento al lugar de trabajo para efectuar su prestación laboral, profesional o empresarial.
- d) Retorno al lugar de residencia habitual.
- e) Asistencia y cuidado a mayores, menores, dependientes, personas con discapacidad o personas especialmente vulnerables.
- f) Desplazamiento a entidades financieras y de seguros.
- g) Por causa de fuerza mayor o situación de necesidad.
- h) Cualquier otra actividad de análoga naturaleza.

Fuera de dichos supuestos, los ciudadanos estuvimos sometidos a un confinamiento domiciliario, con lo que ello implicó no solo de pérdida de libertad de circulación sino también del derecho de reunión y, en alguna medida, de pérdida de libertad personal.

Dicha situación se prolongó durante tres meses con un apoyo parlamentario que comenzó siendo amplio y fue decreciendo con el transcurso de las quincenas en las que el presidente del Gobierno iba solicitando su prórroga y los diversos grupos políticos con representación parlamentaria, singularmente el partido mayoritario de la oposición, iban argumentando que el ordenamiento jurídico disponía de alternativas distintas del derecho de excepción para limitar y evitar, en la medida de lo posible, la propagación del virus. En una segunda paradoja, estas posiciones se invertirían con el transcurso del tiempo y la evolución de la pandemia.

Las normas que existen en nuestro ordenamiento jurídico en materia de salud pública y que dan cobertura a la adopción de medidas para evitar la propagación de enfermedades son:

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, una ley de carácter básico, muy avanzada para su tiempo, que instauró la asistencia sanitaria universal en nuestro ordenamiento y que contiene medidas para garantizar la salud pública que se han recogido, tal vez innecesariamente, en los decretos de estado de alarma, como son las de incautación de productos, suspensión de actividades, cierres de empresas o intervención de medios personales y materiales.

La Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública que se limita a reproducir algunos preceptos de la Ley General de Sanidad que requerían el carácter de Ley Orgánica por afectar a derechos fundamentales en tanto en cuanto se trata de una norma que contiene en sus artículos segundo y tercero una habilitación a favor de las autoridades sanitarias —con independencia que sean estas estatales o autonómicas— para imponer obligatoriamente a los particulares tratamientos, hospitalizaciones, control de enfermos y de personas que hayan estado en contacto con ellos *cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad* y siempre que sea *con el fin de controlar las enfermedades transmisibles*, como ha ocurrido en

el caso de la enfermedad COVID-19 como infección muy contagiosa y potencialmente mortal.

Esta Ley Orgánica, además, contempla en su artículo tercero la posibilidad de que las autoridades sanitarias adoptasen cualesquiera otras medidas *que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible*. Una carta blanca a favor de las autoridades sanitarias a quienes se permiten aún mayores limitaciones de derechos fundamentales que las ya explicitadas en ambos preceptos, controladas, eso sí, por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por último, procede mencionar la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública cuyo artículo 54 dice:

“1. Sin perjuicio de las medidas previstas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la Administración General del Estado y las de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley.

2. En particular, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la autoridad competente podrá adoptar, mediante resolución motivada, las siguientes medidas:

- a) La inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias.
- b) La intervención de medios materiales o personales.
- c) El cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias.
- d) La suspensión del ejercicio de actividades.
- e) La determinación de condiciones previas en cualquier fase de la fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias a que se refiere esta ley, con la finalidad de corregir las deficiencias detectadas.
- f) Cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud incluida la suspensión de actuaciones de acuerdo a lo establecido en el Título II de esta ley.

3. Las medidas se adoptarán previa audiencia de los interesados, salvo en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población y su duración no excederá del tiempo exigido por la situación de riesgo que las motivó. Los gastos derivados de la adopción de medidas cautelares contempladas en el presente artículo correrán a cargo de la persona o empresa responsable. Las medidas que se adopten deberán, en todo caso, respetar el principio de proporcionalidad”.

III. EL PAPEL DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES Y LAS COMPETENCIAS ESTATALES Y AUTONÓMICAS EN MATERIA DE SALUD PÚBLICA

En este punto procede recordar que en el momento de levantarse el primer estado de alarma y proceder fuera del mismo las autoridades sanitarias competentes —autonómicas— a dictar las normas que estimaron necesarias, los órganos competentes de la jurisdicción contencioso-administrativa para ratificar las que pudieran implicar limitación de libertades o derechos fundamentales eran los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo que, en algunos casos, decidieron sustituir el criterio de dichas autoridades sanitarias por el suyo propio a la hora de considerar necesarias las medidas adoptadas, obviando así su ratificación y favoreciendo un caos, no normativo, como los propios órganos jurisdiccionales han argumentado, sino interpretativo de la norma, así como una diversidad de aplicación de la misma que ha conducido a una desigualdad material en la posibilidad de ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos españoles en función del territorio de la planta judicial que les hubiera correspondido.

Con la finalidad de evitar esta desigualdad y de superar el caos interpretativo se aprobó en la disposición final segunda de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, la modificación de los artículos 8.6, 10.8, 11.1.i) y 122 quarter de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sobre la competencia de algunos de los órganos de la misma.

Así, los Juzgados conservan su competencia en los casos en que las medidas adoptadas se comprendan *en actos administrativos singulares que afecten únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada*, es decir, en los supuestos de prescripción de cuarentena o confinamiento para aquellas personas contagiadas y para sus contactos estrechos.

Sin embargo, cuando las medidas urgentes y necesarias para la salud pública que impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales sean adoptadas por autoridades *de ámbito distinto al estatal* —es decir, autonómicas— y sus destinatarios no estén identificados individualmente la competencia residirá en las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

Esta competencia se traslada a la Audiencia Nacional si la autoridad sanitaria que dispone las medidas restrictivas de derechos es estatal.

Como es bien conocido, la finalidad de evitar un caos interpretativo y la desigualdad en los derechos de los ciudadanos fracasó por esta vía. A pesar de tratarse de órganos colegiados y de poder haber establecido criterios uniformes, los Tribunales Superiores de Justicia obviaron esta posibilidad y reiteraron la diversidad de pronunciamientos que previamente se había producido

en los Juzgados, incluso con la emisión de votos particulares discrepantes en el seno de dichos órganos colegiados.

Se ha querido atribuir esta diversidad de decisiones, así como las discrepancias internas en el seno de cada uno de los órganos jurisdiccionales colegiados, a una supuesta deficiencia en la Ley por contener una previsión excesivamente abierta.

A mi modo de ver la Ley Orgánica 3/1986 es clara y era fácil de aplicar: el legislador decidió trasladar a las autoridades sanitarias competentes la decisión de poder limitar derechos fundamentales y libertades públicas con la adopción de cualquier medida que se considerase necesaria en caso de riesgo de carácter transmisible. Cualquier medida, incluyendo las limitadoras de derechos fundamentales y libertades públicas, siempre que existiese riesgo de carácter transmisible.

En este punto, lo único que los órganos jurisdiccionales deberían haber valorado es la existencia o no de riesgo transmisible y si la medida era necesaria o proporcionada de acuerdo con los datos y criterios en los que las fundamentaban las autoridades sanitarias, ya que la legislación atribuye dicha competencia —la de decidir sobre la necesidad o no de una medida y, por ende, implícitamente, sobre su proporcionalidad— a la autoridad sanitaria que, sin duda alguna, reúne más medios y dispone de mayor y mejor información que los órganos judiciales para apreciar dicha necesidad.

Obviamente, ello no significa que se abogó en pro de una ausencia de control en una materia tan sensible como la limitación de derechos fundamentales, sino que dicho control, precisamente por la importancia de los derechos implicados, tanto los derechos fundamentales limitados como el derecho a la protección de la salud, hubiera requerido un mayor esfuerzo por parte de los integrantes de los órganos jurisdiccionales, más allá de limitarse unos a dar conformidad a las medidas adoptadas por la autoridad sanitaria y otros a no ratificarlas argumentando una supuesta falta de justificación, una supuesta falta de proporcionalidad y hasta en algún caso, como el del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, una supuesta falta de cobertura normativa al no haberse invocado en el escrito por el que se solicitaba la ratificación de las medidas formulado por la Abogacía General de la Comunidad de Madrid la norma habilitante para la limitación de los derechos fundamentales y libertades públicas, es decir, la Ley Orgánica 3/1986.

Esta fue, sin duda, una de las resoluciones más llamativas, ya que se fundaba únicamente en la falta de invocación de un precepto normativo haciendo caso omiso del principio *iura novit curia*, conforme al cual el juez conoce el Derecho y no es necesario que las partes lo invoquen ante él¹.

¹ En este sentido se pronuncian:

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J.: *La crisis del coronavirus tras el primer estado de alarma*, en TUDELA ARANDA, J. (coord.): *Estado autonómico y COVID-19: un ensayo de valoración general*. Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, 2021, p. 71.

También fue una resolución que trajo como consecuencia la imposición de un estado de alarma limitado a una parte del ámbito territorial de la Comunidad de Madrid que el Gobierno estableció mediante el Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. Estas medidas se aplicaron en los municipios de Alcobendas, Alcorcón, Fuenlabrada, Getafe, Leganés, Madrid, Móstoles, Parla y Torrejón de Ardoz y consistieron en medidas limitadoras de la libertad de circulación por la imposibilidad de salir de los términos municipales de cada una de las entidades señaladas, su duración se prolongó durante los quince días de duración del estado de alarma decretado.

En este supuesto el órgano judicial no se planteó el dilema de si se podían o no limitar los derechos y libertades de los ciudadanos por causa de la pandemia, ya que con posterioridad lo ha admitido en numerosas ocasiones cuando las medidas han sido dictadas por la autoridad autonómica. Se trató de un caso especial, en el que las medidas se habían acordado en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud con el criterio y el voto en contra de la Comunidad de Madrid, cuya Abogacía General, además omitió en esta ocasión mencionar la ley habilitante para la limitación de derechos fundamentales y el Tribunal Superior de Justicia, por su parte, omitió aplicarla de oficio contraviniendo el principio *iura novit curia*.

El levantamiento del estado de alarma y la relajación en el comportamiento de la ciudadanía, junto con la insuficiencia de las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias y con su falta de ratificación judicial en algunos casos, unido a un incremento de contagios, ingresos hospitalarios y en unidades de cuidados intensivos, así como, por desgracia, de fallecimientos, condujo a la declaración de un nuevo estado de alarma mediante 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. En este caso las medidas limitativas no eran tan estrictas como en el anterior pues no se estableció confinamiento domiciliario, pero no por ello implicaba una menor limitación de derechos fundamentales en tanto en cuanto se limitaban igualmente la libertad de circulación y el derecho de reunión. La duración de este estado de alarma, propuesta por el Gobierno y aprobada por el Congreso de los Diputados fue de más de seis meses, previendo su finalización el 9 de mayo de 2021.

A punto de alcanzarse el término de dicho estado de alarma numerosas voces, tanto en el ámbito autonómico como en el estatal, comenzaron a solicitar la prórroga del mismo aun cuando con anterioridad se hubieran mostrado muy críticos tanto con el estado de alarma precedente como con el plazo de duración establecido para este.

El Gobierno, a punto de finalizar el estado de alarma, procedió a ejercer una vez más su facultad de dictar legislación de emergencia y emitió el 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. En este nuevo Real Decreto Ley, como bien indica su título, la mayor parte de las medidas adoptadas son de carácter social y económico, limitándose las medidas sanitarias a dos: por un lado, control sanitario de los pasajeros internacionales, en la que se produce una deslegalización de las medidas que se podrán imponer por la vía de remitir al Ministerio de Sanidad la determinación de los controles sanitarios necesarios y, por otro lado, la suspensión de la obligación de celebrar juntas de propietarios y las prórrogas de sus presupuestos, así como la posibilidad de celebrar reuniones telemáticamente.

Entre las medidas no sanitarias ni tampoco socioeconómicas se encuentra una nueva modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, consistente en reformar el artículo 87 para añadir un recurso de casación contra autos dictados en aplicación del artículo 10.8 y del artículo 11.1.i).

Se trata de una medida que pretende remediar, mediante un pronunciamiento del Tribunal Supremo en casación, la previsible reiteración de las discrepancias entre órganos jurisdiccionales que ya se había manifestado anteriormente y que, en efecto, volvió a producirse en cuanto, finalizó el estado de alarma y las autoridades sanitarias autonómicas sometieron al control jurisdiccional, para su ratificación, las medidas que adoptaron.

Así, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en Auto 21/2021, de 7 de mayo de 2021, considera que las Comunidades Autónomas no pueden acordar, fuera del estado de alarma, medidas de carácter general al entender que lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986 in fine respecto de la potestad de la autoridad sanitaria para adoptar las medidas que *se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible* está vinculado con la expresión previa de la posibilidad de *adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato*. Esta interpretación vacía de contenido la expresión final del precepto legal para hacerlo una mera reiteración de lo dispuesto previamente: *adoptar las medidas oportunas para el control de enfermos y contactos de los mismos*, en la parte inicial del precepto y adoptar las medidas necesarias en la parte final.

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por su parte, ratifica las medidas adoptadas al vincular el derecho a la protección de la salud con el derecho a la vida y a la integridad física, haciéndolo así prevalecer por encima de los derechos fundamentales de libertad de circulación y reunión.

En el mismo sentido el Tribunal Superior de Justicia de Valencia en Auto 173/2021, de 7 de mayo de 2021 que, además, hace un pormenorizado juicio sobre la necesidad y la proporcionalidad de las medidas siempre fundamentado en los informes aportados por la autoridad sanitaria autonómica. Este Auto expone con gran claridad que:

“(...) la Ley 3/1986 —al igual que la Ley 4/1981— tiene la naturaleza de orgánica. Leyes orgánicas son las constitucionalmente requeridas para regular ciertas materias (art. 81.1 de la Constitución Española). En el caso, es claro que si ambas leyes tienen el carácter de orgánicas es precisamente porque son susceptibles de incidir en derechos fundamentales (y, por tanto, limitarlos). Teniendo la misma naturaleza y rango normativo no puede entenderse que alguna de ellas tenga algún grado de jerarquía o superioridad sobre la otra (por cierto tampoco es desdeñable el dato de que la Ley 3/1986 es posterior a la Ley 4/1981). No cabe duda que la Ley Orgánica 4/1981 tiene un ámbito aplicativo más amplio, pero por ello no entendemos que tenga —al respecto que ahora nos ocupa— una mayor especificidad que la Ley Orgánica 3/1986. Ésta, además y a diferencia de la Ley 4/1981, tiene como objeto exclusivo la materia de salud pública. En sentido similar a estas consideraciones podemos citar el auto de 23 de octubre de 2020 de nuestra homónima Sala de Asturias —apartado 4.1 del RJ 4.º—”.

En efecto, resulta incomprensible la clara admisión de la restricción de derechos fundamentales en estado de alarma porque lo permite la Ley Orgánica reguladora de los estados de excepción y no admitirla cuando lo permite otra Ley Orgánica con argumentos muy frágiles y que llevados a sus últimas consecuencias conducen a una interpretación que vacía de contenido la ley, como el expresado por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco o, incluso, llegando a obviar la existencia misma de la Ley como el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Auto 308/2020, de 8 de octubre de 2020, por el que denegó la ratificación de las medidas acordadas en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que contrasta con la ratificación efectuada mediante el Auto 93/2021, de 7 de mayo de 2021, que considera *atemperadas* las medidas restrictivas de derechos adoptadas, en este caso, por la autoridad sanitaria autonómica, que considera que cualquier cambio en las mismas requerirá nueva ratificación que fue concedida en sendos Autos 97/2021 y 98/2021, ambos de 14 de mayo de 2021.

El Tribunal Superior de Justicia de Baleares, en Auto 152/2021, de 7 de mayo, avala las medidas adoptadas por el Gobierno Balear y respecto de la Ley Orgánica 3/1986 como norma de cobertura para la restricción de derechos fundamentales dispone:

“A nuestro juicio, rechazar la cobertura de la LOMEMSP por su generalidad supone también impedir hasta la más mínima limitación o afectación del derecho fundamental por Ley Orgánica, norma señalada directamente por la Constitución y prevista incluso para su regulación, esto es, no meramente para el establecimiento de limitaciones sino para el propio desarrollo del derecho fundamental”.

También ha ratificado las medidas el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en Autos 239/2021, 240/2021 y 241/2021 que justifica la necesidad y proporcionalidad no solo en los informes o documentos aportados por la autoridad sanitaria sino en el hecho notorio de la gravedad de la enfermedad COVID-19 al ser potencialmente mortal y en su extraordinaria transmisibilidad:

“En el presente caso, y vistas las circunstancias expuestas en la solicitud y la documentación aportada, existe un riesgo que puede ser calificado en tal sentido [riesgo inminente y extraordinario] que justifica la adopción de las mismas, habida cuenta que de la información médica remitida por la Junta de Extremadura se puede deducir, con absoluta claridad, la existencia de un incremento importante en el número de casos afectados por COVID-19 en ambas localidades. Es notorio que es necesario una intervención temprana cuando el nivel de transmisión empieza a crecer a fin de evitar una situación de gravedad excepcional que afectaría tanto a la vida e integridad física de las personas como a la situación hospitalaria en la que se ven afectados no solo la atención de los enfermos con COVID-19 sino también el resto de usuarios del Sistema Nacional de Salud”.

También el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, mediante Auto 57/2021, de 12 de mayo de 2021, ratifica las medidas adoptadas por la autoridad sanitaria gallega argumentando:

“La Sala de Galicia con motivo de solicitudes anteriores de ratificación de medidas limitativas de derechos fundamentales, ha admitido la habilitación de la normativa estatal que amparan a las Comunidades autónomas para adoptar medidas sanitarias preventivas con las que puedan hacer frente a situaciones de grave riesgo contra la salud pública: la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

(...)

Así, en cuanto a las cuestiones de tipo formal, porque en desarrollo del mandato que a todos los poderes públicos impone el artículo 43 de la Constitución española, se han aprobado varias disposiciones que amparan este tipo de medidas preventivas; así, los artículos 1 a 3 de la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, los artículos 24 y 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, 27.2 y 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, y 34 y 38 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia, amparan la adopción de medidas preventivas, que en el caso de aquella pandemia, se complementan por el acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 12 de junio de 2020, sobre medidas de prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, una vez superada la fase III del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, acuerdo que se cita en el preámbulo de la orden de 14 de octubre y que faculta en

su punto sexto al conselleiro de Sanidad a adoptar las medidas necesarias para hacer efectivas las medidas ahí acordadas (en igual sentido el art. 33 de la última ley citada. Son esas las normas legales que dan cobertura a la intervención del departamento sanitario competente).

Sobre la base de la previsión constitucional que se recoge en el artículo 43.1 de la Constitución Española, según la cual se reconoce el derecho a la protección de la salud, y el correlativo deber de los poderes públicos de tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, recoge unas escasas, pero suficientes, previsiones sobre las Medidas Especiales en Materia de Salud Pública que pueden adoptar las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, dentro del ámbito de sus competencias, cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad. Entre estas medidas no están únicamente, las de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control de una persona o grupo de personas cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad (art. 2), sino también las medidas o acciones preventivas generales, que puede adoptar la autoridad sanitaria, si las considera oportunas para el control de los enfermos, de las personas 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; y ello con el fin de controlar las enfermedades transmisibles (art. 3).

“Control”, “grupo de personas”, “acciones preventivas generales”, “medidas oportunas”, no son términos restrictivos”.

El Tribunal Superior de Justicia de Murcia en Auto 119/2021, de 12 de mayo de 2021, igualmente ratifica las medidas. En este caso el fundamento jurídico no es otro que el propio artículo 43 de la Constitución, regulador del derecho a la protección de la salud. El órgano jurisdiccional murciano lo argumenta del siguiente modo:

“En este sentido, las potestades administrativas que justifican medidas sanitarias de privación o restricción de las libertades o de otros derechos fundamentales de los ciudadanos encuentran cobertura, originariamente, en el artículo 43 de la Constitución. Dicha norma, después de proclamar el derecho a la salud, precisa en su apartado segundo que “competen a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”. Partiendo de nuestra Carta Magna, que consagra el referido principio constitucional rector de la política social del Estado, se encuentra en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril (sobre Medidas Especiales en Materia de Salud Pública), en la Ley 33/2011, de 4 de octubre (General de Salud Pública) y en la Ley 14/1986, de 25 de abril (General de Sanidad), dictadas en virtud de la atribución competencial reconocida en el artículo 149.1.16 de la Constitución a favor del Estado, y

sin perjuicio del ámbito competencial que en materia de sanidad e higiene efectúa el artículo 148.1.21 a las Comunidades Autónomas. Debe citarse, asimismo, el artículo 11.1 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Murcia aprobado por LO 4/1982, de 9 de junio, sin perjuicio de lo dispuesto en el número 16 del artículo 149.1 de la CE y el artículo 11 del Decreto del Presidente núm. 34/2 de 3 de abril”.

En cuanto a los órganos jurisdiccionales contrarios a que las autoridades sanitarias autonómicas puedan limitar derechos fundamentales con base en una Ley Orgánica que se lo permita —como es la Ley Orgánica 3/1986— encontramos, además del ya citado Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco al Tribunal Superior de Justicia de Canarias, cuyo Auto 113/2021, de 9 de mayo de 2021, expone los límites de su jurisdicción:

“Nuestra función es analizar cuáles de dichas medidas limitan o restringen derechos fundamentales de los ciudadanos y si tal limitación encuentra, primero, cobertura legal, siendo o no competente la Administración que las acuerda, y además si respeta los parámetros de justificación, idoneidad y proporcionalidad que la doctrina constitucional viene exigiendo en la restricción o limitación de dichos derechos esenciales”.

En cuanto a la competencia autonómica para limitar derechos fundamentales en salvaguarda de la salud pública entiende que

“(…) dentro del marco que dichas normas jurídicas establecen las autoridades sanitarias de nuestra Comunidad Autónoma pueden acordar acciones preventivas generales y adoptar las medidas y limitaciones sanitarias que consideren oportuno, cuando concurran razones sanitarias de urgencia o necesidad y para controlar enfermedades transmisibles, siempre que dichas medidas sean las imprescindibles para conseguir tal finalidad y se ajusten al principio de proporcionalidad en la limitación que establezcan de derechos y libertades fundamentales.

Más en concreto, la habilitación legal deviene fundamentalmente de lo dispuesto en los artículos 1 y 3 de la LOMESP al señalar que: “Al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad. Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles la autoridad sanitaria, además de realizar las medidas preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas... así como las que consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”. Asimismo, aparece reiterada en los artículos 1 y 28 de la LGS que alude expresamente a las medidas que menos perjudiquen al principio de libre circulación de personas y de los bienes y a cualesquiera otros de los derechos afectados y, finalmente, asimismo encuentra respaldo en la LGSP.

El Tribunal Constitucional ha venido aceptando que por ley orgánica se permita la adopción de medidas concretas que limiten el ejercicio de determinados derechos fundamentales sin necesidad de acudir a la excepcionalidad constitucional que implica la declaración de un estado de alarma y siempre que esta limitación esté suficientemente acotada en la correspondiente ley orgánica de habilitación en cuanto al supuesto y fines que persigue y que dicha limitación esté justificada en la protección de otros bienes o derechos constitucionales. Así, STC 76/2019, de 22 de mayo.

En el supuesto que aquí nos ocupa estos presupuestos constitucionales se encuentran cumplidos en su doble vertiente: tanto por la previsión contenida en la LOMESP sobre los bienes y derechos constitucionalmente protegidos, la salud pública e integridad física, como por los supuestos y fines que aparecen definidos en la misma, puesto que en ella se prevé los elementos esenciales que han de concurrir para la adopción de tales límites y que se resumen en el ámbito material a que se circunscribe: salud pública; la exigencia de que estas razones sanitarias se califiquen como urgentes y necesarias y que traten de controlar o evitar la transmisión de una enfermedad. Todo ello, sin perjuicio de que será la intensidad de la limitación de los derechos fundamentales concernidos la que condicionará en cada caso la exigencia de utilizar otros instrumentos jurídicos más idóneos desde una perspectiva constitucional”.

Tras afirmar la competencia y la habilitación legal de forma tan clara y contundente, con cita incluso del criterio del Tribunal Constitucional al respecto, el órgano judicial canario concluye que no procede la ratificación de las siguientes medidas:

- Limitación de la entrada y salida de personas en las islas que se encuentren en niveles de alerta 3 y 4, por entender que podría sustituirse con una PDIA negativa, que deja excesivo margen de apreciación a los agentes de la autoridad y que discrimina favorablemente de forma injustificada a los turistas con reserva en establecimiento hotelero.
- Limitación de la libertad de circulación de las personas en horario nocturno, por entender que no es proporcional.
- Limitar el ejercicio de la libertad religiosa exigiendo autorización para celebrar actos de culto en espacios al aire libre, por considerar que bastaría la comunicación previa, como sucede con el derecho de reunión.

El Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en Auto 65/20221, de 11 de mayo de 2021, autoriza la limitación del derecho de reunión a un máximo de seis personas, pero deniega la ratificación de la prohibición de deambulación en horario nocturno. Al margen de la fundamentación de estas decisiones lo que queda claro es que el órgano jurisdiccional navarro encuentra

habilitación legal suficiente para que estas restricciones de derechos puedan ser llevadas a cabo por las autoridades sanitarias autonómicas:

“Las potestades administrativas que justifican estas medidas de restricción o limitación de un derecho fundamental se encuentran legitimadas, inicialmente, por el siguiente marco normativo:

1. Por el artículo 43.1 y 2 CE que dispone “1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”.

2. Por la Constitución (art. 148.1. 21) y la LO 13/1982 de Reintegración y Ameyoramiento del Régimen Foral de Navarra (art. 53), de donde se concluye que Navarra tiene competencia en materia de sanidad, que es la materia afectada en la pandemia del COVID-19 que padecemos y a la que se refieren las medidas sometidas a nuestra ratificación.

3. En desarrollo del precepto, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, dispone:

- En su artículo 1: “Al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad”.

- En su artículo 3: “Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas 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”.

4. Por su parte, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, precisa en su artículo 26, “1. En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o de sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras consideren sanitariamente justificadas. 2. La duración de las medidas a que se refiere el apartado anterior, que se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó”.

5. Finalmente, el artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, dispone “1. Sin perjuicio de las medidas previstas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la Administración General del Estado y las de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán adoptar cuantas me-

didas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley. 2. En particular, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la autoridad competente podrá adoptar, mediante resolución motivada, las siguientes medidas: (..) b) La intervención de medios materiales o personales. (..) d) La suspensión del ejercicio de actividades. (..) Las medidas que se adopten deberán, en todo caso, respetar el principio de proporcionalidad”.

6. En cuanto a la libertad religiosa el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa establece que: “El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”.

7. Con carácter ya particular para la pandemia COVID-19 resaltamos el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por COVID-19, adopta medidas preventivas mientras no sea declarada oficialmente la finalización de la crisis sanitaria. En este sentido, deja a las competencias de las comunidades autónomas el establecimiento de dichas medidas. Así, el Gobierno de Navarra, como autoridad sanitaria (art. 2.2 de la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud de Navarra) dictó el Acuerdo del Gobierno de Navarra, de 19 de junio de 2020, por el que se declara la entrada de la Comunidad Foral de Navarra a la nueva normalidad y se dictan medidas de prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, una vez superada la fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, modificado por Acuerdo del Gobierno de Navarra, de 26 de agosto de 2020”.

Del examen de las resoluciones judiciales mencionadas podemos observar que incluso las que no ratifican las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias autonómicas sí reconocen la competencia de las mismas y la habilitación legal para ello, con la salvedad del pueril argumento del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Finalmente, en virtud de recurso de casación interpuesto por el Gobierno de Canarias contra el Auto que no ratificó las limitaciones de entradas y salidas de las islas por niveles de alerta 3 y 4, el Tribunal Supremo ha emitido su criterio en Sentencia 719/2021, de 24 de mayo, en la que si bien desestima el recurso de casación formulado esclarece de forma vinculante para todos los órganos jurisdiccionales varias cuestiones relevantes:

En primer lugar, existe habilitación legal a favor de las Comunidades Autónomas para disponer la limitación de derechos fundamentales y libertades públicas en virtud del artículo tercero de la Ley Orgánica 3/1986, que ha de interpretarse conjuntamente con los artículos 26 de la Ley 14/1986 y 54 de la Ley 33/2011, debiendo la Administración acreditar los siguientes extremos:

- La existencia de una enfermedad transmisible y grave que ponga en peligro la salud y la vida de las personas.
- La justificación de que dicha limitación es imprescindible para impedir dicha transmisión por la ausencia de otros medios eficaces para lograrlo.
- La determinación de la extensión subjetiva y territorial de la limitación en función del número de enfermos y de su localización.
- La duración de la limitación que solo podrá ser por el tiempo indispensable para impedir la difusión de la enfermedad.

En segundo lugar, el control judicial se ceñirá a la comprobación de que la Administración:

- Es competente para adoptar las medidas a ratificar.
- Invoca los preceptos legales que le confieren habilitación para limitar derechos fundamentales. Este requisito constituye un formalismo y es contrario al principio *iura novit curia*.
- Ha identificado con claridad y con mención de hechos que así lo acrediten el peligro grave para la salud pública que es preciso esquivar para garantizar el derecho a la salud y a la vida.
- Ha delimitado la restricción subjetiva, territorial y temporalmente.
- Ha justificado la necesidad y proporcionalidad de la medida exponiendo las razones de la ineficacia de otras medidas menos gravosas.

Con este pronunciamiento podrá ponerse fin a los vaivenes de otros órganos jurisdiccionales que podrán ratificar o no las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias pero lo que no podrán hacer será cuestionar su competencia para tales limitaciones por el mero hecho de tratarse de autoridades autonómicas y no estatales.

Sentada la habilitación legal con los requisitos y condiciones establecidos por el Tribunal Supremo para que las Comunidades Autónomas puedan adoptar medidas limitadoras de derechos fundamentales y libertades públicas en casos de enfermedades transmisibles que supongan un riesgo para la vida y la salud, procede a continuación hacer referencia a cuáles serían las competencias que corresponderían al Estado.

En virtud de lo establecido en el artículo 119.1.16.^a de la Constitución, son competencia exclusiva del Estado las bases y coordinación general de la sanidad.

Con respecto a las bases, encontramos que con esta competencia se garantiza una regulación mínima homogénea de igualdad tanto en el acceso a la sanidad pública como en las prestaciones y el derecho a la protección de la salud. Este mínimo común denominador puede ser ampliado, mejorado, en su caso, por las Comunidades Autónomas pero el Estado, mediante el ejercicio de esta competencia, ha establecido una regulación mínima uniforme

en materia de salud pública, es decir, de protección del derecho a la salud o, lo que es lo mismo, de lucha contra el riesgo de menoscabo de la salud, esta regulación tiene su expresión en las ya citadas Ley 14/1986, de 14 de abril, General de Sanidad, Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública y Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

Con respecto a la coordinación, consideramos que se trata de una competencia en relación con la que corresponde a las Comunidades Autónomas, en tanto en cuanto es a estas a quienes hay que coordinar. Sobre este punto procede recordar que el Tribunal Constitucional en STC 71/2018 delimita las funciones de coordinación impidiendo al Estado sustraer o menoscabar las competencias de las entidades que ha de coordinar, por lo que la coordinación no puede ser un instrumento de asunción de las competencias autonómicas por parte del Estado. Esta misma sentencia, sin embargo, sí reconoce al Estado una facultad de dirección en el ejercicio de la función de coordinación que implica un reconocimiento de superioridad en relación con los entes coordinados. Esto diferencia la coordinación de la colaboración o cooperación, que se fundamenta en una cooperación voluntaria por parte de los diversos entes participantes.

La dirección inherente a la coordinación implica en cierta medida la facultad de imposición del criterio del Estado sobre las Comunidades Autónomas, frente a la voluntad de colaboración en los instrumentos de cooperación, pero esta imposición ha de ser limitada en tanto en cuanto tiene el límite de la imposibilidad de invasión a asunción de competencias autonómicas.

En la crisis sanitaria ocasionada por la pandemia de la COVID-19 el Estado ha seguido un modelo que decidió llamar de “cogobernanza”. Esta expresión, de significado ambiguo y alegal, parece hacer referencia a un modelo más colaborativo que de coordinación, lo que no ha sido el caso en absoluto. Precisamente, el modelo adoptado por el Estado ha sido el de coordinación, con un fuerte poder de dirección sobre las Comunidades Autónomas, que se ha manifestado y ejercido a través del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, órgano regulado por la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, cuyo artículo 65 dispone:

“1. La declaración de actuaciones coordinadas en salud pública corresponderá al Ministerio de Sanidad, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, con audiencia de las comunidades directamente afectadas, salvo en situaciones de urgente necesidad, en cuyo caso se tomarán las medidas que sean estrictamente necesarias y se le informará de manera urgente de las medidas adoptadas.

2. La declaración de actuaciones coordinadas obliga a todas las partes incluidas en ella y deberán encuadrarse en alguno de los supuestos siguientes:

1.º Responder a situaciones de especial riesgo o alarma para la salud pública.

2.º Dar cumplimiento a acuerdos internacionales, así como a programas derivados de las exigencias de la normativa emanada de la Unión Europea, cuando su cumplimiento y desarrollo deba ser homogéneo en todo el Estado.

Para la realización de las actuaciones coordinadas podrá acudir, entre otros, a los siguientes mecanismos:

- a) Utilización común de instrumentos técnicos.
- b) Coordinación y refuerzo de la Red de Laboratorios de Salud Pública.
- c) Definición de estándares mínimos para el análisis e intervención sobre problemas de salud.
- d) Refuerzo de los sistemas de información epidemiológica para la toma de decisiones y de los correspondientes programas de promoción, prevención y control de enfermedades, cuando sus efectos trasciendan el ámbito autonómico.
- e) Activación o diseño de planes y estrategias de actuación para afrontar emergencias sanitarias.

3. La declaración de actuaciones coordinadas en materia de seguridad alimentaria corresponderá a la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición, de acuerdo con lo establecido en la Ley 11/2001, de 5 de julio”.

Es decir, la declaración de actuaciones coordinadas corresponde al Ministro de Sanidad, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud con audiencia de las Comunidades Autónomas.

Encontramos aquí, una atribución competencial de las actuaciones, al Ministro de Sanidad, y unos requisitos procedimentales: acuerdo del Consejo Interterritorial y audiencia de las Comunidades Autónomas, estos requisitos constituyen una garantía de las competencias autonómicas en tanto en cuanto sin su cumplimiento no cabe el ejercicio de la función de dirección de la coordinación por parte del Estado y, por otro lado, aseguran la participación autonómica en la toma de decisiones al tiempo que impiden una imposición unilateral por parte del Estado. Ahora bien, siempre que se produzca acuerdo, que en ningún momento se exige que sea unánime, la decisión puede considerarse actuación coordinada y, en tal medida, ser impuesta a alguna o algunas Comunidades Autónomas que discrepen de la misma y cuya posición haya resultado minoritaria en el seno del Consejo Interterritorial de Salud, tal y como permite el artículo 151.2.a) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, conforme al cual:

“Cuando la Administración General del Estado ejerza funciones de coordinación, de acuerdo con el orden constitucional de distribución de competencias del ámbito material respectivo, el Acuerdo que se adopte en la Conferencia Sectorial, y en el que se incluirán los votos particulares que se hayan formulado, será de obligado cumplimiento para todas las Administraciones Públicas integrantes de la Conferencia Sectorial, con independencia del sentido de su voto, siendo exigibles conforme a lo establecido en la Ley 29/1998, de 13 de julio. El acuerdo será certificado en acta”.

El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud es también un órgano de cooperación y así lo define el artículo 69.1 de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud:

“El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud es el órgano permanente de coordinación, cooperación, comunicación e información de los servicios de salud entre ellos y con la Administración del Estado, que tiene como finalidad promover la cohesión del Sistema Nacional de Salud a través de la garantía efectiva y equitativa de los derechos de los ciudadanos en todo el territorio del Estado”.

En el mismo sentido, el artículo 71 le atribuye tanto funciones de coordinación en su apartado 3 como de cooperación en su apartado 4. Solo respecto de estas funciones de cooperación es predicable el requisito de consenso que el artículo 73.2 prevé para sus acuerdos, que tendrán la naturaleza de recomendaciones, y ello por dos motivos: el primero de carácter meramente formal, como ya hemos visto supra los acuerdos en materia de coordinación adoptan la forma de declaraciones de actuaciones coordinadas y no de recomendaciones y el segundo de carácter material, la coordinación es una competencia exclusiva del Estado por mandato constitucional y, del mismo modo que a través de ella el Estado no puede menoscabar la competencia de las Comunidades Autónomas, tampoco estas pueden disminuir la competencia de coordinación del Estado por la vía de exigir la unanimidad en los acuerdos del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

IV. PROPUESTAS DE FUTURO EN MATERIA DE SALUD PÚBLICA

Con motivo de la crisis económica derivada de la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 todos los Parlamentos, tanto el estatal como los autonómicos, han reunido Comisiones para estudiar la recuperación de ambas crisis y las medidas a adoptar en relación con la percepción de los fondos europeos Next Generation.

Merece la pena adentrarse en las propuestas realizadas en materia sanitaria por estas Comisiones que, además, alcanzaron un alto grado de acuerdo, si bien no unanimidad.

Estas medidas se pueden dividir en dos grandes bloques: en primer lugar, las destinadas a la lucha contra la enfermedad COVID-19 y la evitación o minimización de su transmisibilidad y, en segundo lugar, medidas de salud pública de mayor ámbito y no ceñidas únicamente a la pandemia que actualmente nos afecta.

Respecto de las primeras, sin ánimo exhaustivo, cabe destacar las siguientes propuestas:

Procurar la apertura plena de todos los Centros de Salud, Consultorios locales y Servicios de Urgencia de Atención Primaria, con refuerzo de sus plantillas, y con la dotación de los medios necesarios para atender tanto los casos sospechosos de COVID-19 como los demás problemas de salud.

Reforzar urgentemente a los profesionales de Salud Pública de modo que se pueda atender debidamente a los coordinadores COVID de los centros docentes y controlar eficazmente la red de rastreadores y el resto de los dispositivos de Salud Pública.

Contratar el número de rastreadores recomendado por los expertos para la detección, seguimiento y control de contactos, con condiciones de estabilidad y formas de organización que les permitan integrarse eficazmente en el sistema sanitario.

Poner en marcha estructuras de apoyo a los Centros de Salud (unidades de toma centralizada de muestras) para las pruebas COVID-19, y para la comunicación de resultados.

Dotar de capacidad suficiente para analizar y remitir el resultado en veinticuatro horas de las pruebas PCR de todos los posibles casos sintomáticos y de contactos remitidas por los Centros de Salud, y de las realizadas en poblaciones específicas o ámbitos geográficos muy circunscritos.

Habilitar instalaciones para poder garantizar el aislamiento y las cuarentenas de los casos positivos y sus contactos que tengan dificultades habitacionales, facilitando apoyo económico y social cuando sea necesario.

Impartir instrucciones y proveer de medios para garantizar la seguridad para todos los trabajadores sanitarios y no sanitarios, del personal de centros sociales y otros trabajadores esenciales, unificando el procedimiento de actuación de los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2 con base en la evaluación de riesgo de exposición específica en función de las actividades a desarrollar.

Adoptar medidas específicas dirigidas a la prevención y control de la pandemia en los barrios, localidades y colectivos más afectados por la misma y en situación de vulnerabilidad social.

Respecto de las segundas, igualmente sin ánimo exhaustivo, cabe destacar las siguientes:

Garantizar la cobertura universal como derecho de ciudadanía y residencia y los principios básicos a los que responde la sanidad pública: universalidad, igualdad, no discriminación, accesibilidad, equidad, solidaridad y calidad.

Mejoras en materia de personal sanitario.

Mejoras en materia de atención primaria, atendiendo de forma especial a su digitalización.

Reforzar la Red de Vigilancia en Salud Pública.

Desarrollar con urgencia un Plan de Emergencias de Salud Pública frente a epidemias y otras crisis sanitarias, incorporando los principios y las experiencias más actuales en preparación de emergencias de salud pública.

Crear Equipos de Respuesta Rápida y planificar las necesidades de personal requerido en el Plan de Emergencias preparando su formación.

Organizar una red nacional de depósitos de reserva de material sanitario estratégico.

Uso racional de medicamentos mediante la mejora de la formación y la información farmacológica de los profesionales sanitarios, la financiación pública de formación continuada de los profesionales sanitarios y para investigación independiente y la promoción de la revisión de la sobremedicación y la estimulación del hábito de la prescripción.

Impulsar buenas prácticas en farmacia comunitaria y el desarrollo del papel asistencial y sanitario del farmacéutico, en coordinación con los profesionales de Atención Primaria.

Regular el reembolso de los copagos farmacéuticos y no farmacéuticos a los pacientes en situación de vulnerabilidad, tanto social como sanitaria.

Promover la compra centralizada y sistematización de medicamentos y productos sanitarios.

Llama poderosamente la atención la ausencia de referencia en estos proyectos al papel de la Unión Europea tanto en la gestión de esta pandemia como en el papel que podría y debería interpretar en el futuro en materia de salud pública.

Lo cierto es que las competencias sanitarias de la Unión Europea son limitadas en el ámbito de la salud pública pero, precisamente, la crisis sanitaria ocasionada por la pandemia y la crisis económica derivada de la misma han puesto de relieve que dicha falta de competencias ha de corregirse dado que la regulación fragmentada por parte de los Estados miembros se ha revelado no solo desigual sino también ineficaz y peligrosa para enfermedades transmisibles, respecto de las cuales los Estados miembros, de forma individual, quedan huérfanos ante los desafíos transfronterizos inherentes a la propia Unión Europea.

La creación de una Unión de Salud Pública habría de afrontar numerosos obstáculos entre los que cabe destacar los derivados de la protección de la privacidad de los datos de salud por cada Estado miembro en la medida en que sería necesaria la creación de una base de datos sanitarios a nivel europeo homologable a la que pueda existir en los sistemas nacionales que será, por otro lado, muy diversa.

En el ámbito del sector farmacéutico, la problemática que se ha revelado en relación con la adquisición y distribución de las vacunas y, previamente, con el material de protección ha puesto de manifiesto que la ausencia de una ley de patentes europea única y de un marco jurídico único de compras por parte de la Unión Europea son obstáculos importantes.

En todo caso no cabe olvidar que la Unión Europea ya ha adoptado algunas medidas dirigidas a la creación de un espacio europeo de salud pública, dentro del limitado marco que permiten por ahora los tratados.

Así, disponemos de la Agencia Europea de Medicamentos (EMA) y del Centro Europeo para la Prevención y el Control de Enfermedades (ECDC). En este sentido, algunas voces han planteado la creación de una autoridad europea única para prevenir y dar respuesta a situaciones de emergencia sa-

nitaria que afecten al conjunto de la Unión. Asimismo, se han incrementado los fondos disponibles para la investigación en salud en el Marco Financiero Plurianual (2021-27) y se está comenzando a adoptar una postura más dura hacia la industria farmacéutica para satisfacer las demandas públicas.

Por el momento y en sentido estricto, la Unión Europea tan solo dispone de competencias complementarias en materia de salud pública, ya que esta es una responsabilidad que está atribuida a los estados miembros o, como en el caso español, a las regiones. Pese a ello estimamos que la Unión Europea puede intervenir en situaciones de emergencia ante amenazas transfronterizas para la salud pública, así como favorecer la coordinación en la adopción de medidas por parte de los Estados miembros, todo ello con fundamento en el artículo 168, apartado 5 del Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea:

“El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, podrán adoptar también medidas de fomento destinadas a proteger y mejorar la salud humana y, en particular, a luchar contra las pandemias transfronterizas, medidas relativas a la vigilancia de las amenazas transfronterizas graves para la salud, a la alerta en caso de tales amenazas y a la lucha contra las mismas, así como medidas que tengan directamente como objetivo la protección de la salud pública en lo que se refiere al tabaco y al consumo excesivo de alcohol, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”.

Con la EMA, la Comisión Europea ha dado forma al mercado único con un marco comercial común para los productos sanitarios, que abarca la propiedad intelectual, la I + D y los mercados abiertos, pero, no utilizó este mismo procedimiento para las vacunas contra la COVID-19, sino que se fundó en el artículo 122, un mecanismo de apoyo de emergencia previsto para la asistencia humanitaria en caso de catástrofes naturales.

Consideramos que es posible avanzar en materia de adopción de medidas de protección del derecho a la salud por parte de la Unión Europea, lo que requerirá la colaboración de los Estados miembros y, tal vez, una modificación de tratados pues es claro que una política común es necesaria en este ámbito más allá de la actual emergencia sanitaria.

El reciente acuerdo de la Comisión de Certificados Verdes Digitales, que facilitaría la libre circulación de personas vacunadas o protegidas (es decir, recuperadas) mediante la creación de un marco interoperable para los certificados de vacunas, también plantea una serie de cuestiones delicadas sobre la recopilación, el procesamiento y la retención de los certificados digitales respecto de datos de salud. Es fundamental garantizar la protección suficiente de los datos personales de los ciudadanos sobre su estado de vacunación o infecciones previas por COVID-19. Según el acuerdo adoptado, estos datos se almacenarían en los certificados y serían accesibles a las autoridades nacionales de toda la Unión sin garantías sufi-

cientes sobre la utilización de estos para fines distintos al ejercicio de los derechos de libre circulación, reunión o manifestación.

También es relevante y necesaria una política común en materia de I+D+i en el sector de investigación biotecnológica y farmacéutica, actualmente protagonistas de gran opacidad pese a su financiación con fondos públicos, si bien en programas desconectados y muy fragmentados que impiden un cabal conocimiento detallado de las investigaciones.

Es imperativo abordar la regulación europea de las patentes y un marco legal único sobre investigación, puesto que la ausencia de una normativa unitaria unida a una falta de inversión económica competitiva desincentiva a las empresas investigadoras que deciden dirigir sus actividades de desarrollo hacia los EE.UU.

El aumento de la capacidad de investigación e innovación en el sector farmacéutico y de investigación biotecnológica a nivel europeo, junto con un aumento sostenible de la capacidad de producción mediante inversión directa, mediante ayudas o con colaboración público-privada contribuiría a la consecución de una industria más competitiva al tiempo que fortalecería la capacidad de la Unión Europea para gestionar futuras pandemias y amenazas para la salud.

El futuro de la salud en Europa, por lo tanto, exige una política común en materia de salud pública, un debate abierto con los estados miembros para su consecución con un reparto de competencias claro entre la Unión y los estados miembros y una regulación garantista sobre el tratamiento de datos de salud.

