

Legislación sanitaria en crisis. Principales problemas y garantías

Carlos Heredero del Campo

Contratado predoctoral FPU. Universidad de León. cherc@unileon.es

Recibido
29 enero 2021

Aceptado
15 febrero 2021

PALABRAS CLAVE
Legislación
sanitaria; COVID 19;
Crisis sanitaria;
Estado de alarma.

KEYWORDS
Health legislation;
COVID 19; Health
crisis; State of
alarm.

Resumen

El presente trabajo únicamente pretende invitar a la reflexión sobre la gestión en de la actual crisis sanitaria en nuestro país. Para ello he realizado una sucinta explicación de la principal normativa sanitaria aplicable poniendo de manifiesto tanto los medios existentes en nuestra legislación sanitaria ordinaria para hacer frente a esta crisis como su desplazamiento por un Derecho de excepción, los principales problemas jurídicos que esto ha supuesto y los mecanismos existentes para su control. Finalmente, expongo las conclusiones obtenidas buscando hacer hincapié en aquellos problemas y necesidades detectados.

Health legislation in crisis. Main problems and guarantees

Abstract

The purpose of this essay is only intended to invite reflection on the management of the health crisis in our country. For this, I have made a brief explanation of the main applicable health regulations, highlighting both the main means we have at our disposal to deal with it, as well as the displacement of ordinary health legislation by an exception legislation, the legal problems that this has entailed and the existing mechanisms for its control. Finally, I present the conclusions obtained, seeking to emphasize those problems and needs detected.

|

Vivimos momentos de desasosiego y de incertidumbre provocados por una crisis sanitaria sin precedentes que ha hecho tambalear los pilares de nuestras sociedades¹. Hemos sido bajados del altar en el que nos encontrábamos omnipotentes observando el devenir de los acontecimientos para ocupar un lugar más acorde a nuestra condición humana, expuestos como siempre hemos estado a los más azarosos peligros de la naturaleza.

¹ La crisis sanitaria generada por el coronavirus SARS-CoV-2 ha provocado también una grave crisis social y económica, cuyas consecuencias todavía no hemos llegado ni siquiera a vislumbrar.

Uno de los mayores peligros para la población lo forman las enfermedades contagiosas, que de manera indisociable forman parte de la historia del ser humano² y que han tenido un carácter disruptivo en las comunidades afectadas. No obstante, este problema se ha visto agravado en nuestras sociedades actuales debido a múltiples factores. Entre otros, destacamos el aumento de la población, el cambio climático, la evolución de los medios de transporte, la de los medios de producción y la distribución de alimentos³. Todo ello ha generado un caldo de cultivo propicio para que las epidemias se conviertan en incontrollables pandemias que recorren sin remisión el planeta. Por su naturaleza, no conocen límites geográficos o administrativos, tampoco las podemos prevenir ni evitar⁴; pero si podemos, empero, prepararnos para minimizar las consecuencias⁵.

Es en este contexto, donde el nuevo coronavirus amenaza nuestra sociedad y estilo de vida, cambiando desde nuestras costumbres hasta la forma de relacionarnos, es donde los poderes públicos cobran especial relevancia. Es importante dar respuestas jurídicas a los problemas existentes, mitigar los daños ocasionados y sus consecuencias, así como prevenir los riesgos futuros que por desgracia surgirán. En este marco, voy a analizar los mecanismos legales que tiene nuestro ordenamiento para hacer frente a estas situaciones.

II

Una vez la Organización Mundial de la Salud catalogó como epidemia el COVID-19⁶, los Estados contemporáneos rescatan de sus arsenales normativos diferentes instrumentos para organizar una respuesta eficiente⁷. Por un lado, tenemos la legislación ordinaria, formada por aquellas normas que rigen el día a día de las sociedades, y, por otro lado, la legalidad de excepción, formada por normas de necesidad, que son creadas *ad hoc*, para hacer frente a esas situaciones excepcionales⁸. A todas estas normas nos referiremos en los siguientes epígrafes.

² Desde la viruela, el cólera o la peste hasta los más actuales como el ébola o los coronavirus.

³ Un análisis más pormenorizado sobre estos y otros factores de riesgo, lo podemos encontrar en HIDALGO GARCÍA, María del Mar. “Las enfermedades infecciosas: el gran desafío de seguridad en el siglo XXI”. En: *Emergencias pandémicas en un mundo globalizado: amenazas a la seguridad*, Ed. Ministerio de Defensa, Madrid, 2020, págs. 39-80.

⁴ Las previsiones nada halagüeñas recogidas en un reciente informe elaborado por la Plataforma Intergubernamental sobre Biodiversidad y Servicios de los Ecosistemas (IPBES), durante los días 27 al 21 de julio de 2020 pone de manifiesto que las “Pandemias en el futuro surgirán con más frecuencia, se propagarán más rápidamente, tendrán mayor impacto en la economía mundial y podrían matar a más personas que [el] COVID-19”. Por ello, y para estar preparados, se propone crear un Consejo Intergubernamental para la Prevención de Pandemias. Recordar que España forma parte del IPBES desde 21 de abril de 2012.

⁵ En palabras de LAMATA COTANDA, Fernando. “Crisis sanitarias y respuesta política”. *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, vol. 4, núm. 3, 2006, págs. 401-406.

⁶ Así fue anunciado el 11 de marzo de 2020 por el Director General de la Organización Mundial de la Salud.

⁷ Aunque circunscriba el análisis a este ámbito, también podríamos extrapolarlo a inundaciones, terremotos, incendios, atentados terroristas, etc.

⁸ La determinación de dicha situación como extraordinaria o excepcional se realiza en relación a un interés digno de protección, como es en este caso, la propia subsistencia de la sociedad. En este

En primer lugar, analizaremos aquellas normas de derecho ordinario existentes en nuestro ordenamiento para combatir emergencias de salud pública. Como hemos avanzado anteriormente, las epidemias han sido una constante a lo largo de la historia⁹, y es por ello que nuestras legislaciones contemplan tanto normativa específica en materia sanitaria para hacerle frente, como otras normas de carácter transversal aplicables no solo a epidemias sino también a diferentes situaciones que pongan en peligro a la sociedad.

El fundamento constitucional que nos va a permitir afrontar esta emergencia sanitaria lo encontramos en los artículos 43, 148 y 149 de la Constitución Española (CE). Por un lado, en el artículo 43, existe un reconocimiento al derecho a la protección de la salud que se encomienda a los poderes públicos reservando a la ley su regulación. Esto es completado con el diseño establecido en el Título VIII de la CE sobre la organización territorial del Estado, que posibilita la asunción por las comunidades autónomas de competencias en materia de sanidad (artículo 148.1. 21^a), reservando para el Estado la sanidad exterior, la regulación de las bases y la coordinación general de la sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos (artículo 149.1. 16^a).

En base a lo anteriormente expuesto, la legislación estatal en materia de Salud Pública se compone principalmente de tres normas:

- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS).
- Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LOMESP).
- Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGS).

La LGS desarrolla las previsiones constitucionales respecto a las Bases de la Sanidad y la cooperación¹⁰. Establece los principios y criterios sustantivos que han permitido conformar nuestro Sistema Nacional de Salud. Y, de este modo, fija una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español¹¹. Todo ello sin menoscabo de la autonomía política en materia sanitaria de las que gozan las diferentes comunidades autónomas y que podrán desarrollar en el ejercicio de sus competencias. Asimismo, en lo referente a la Coordinación de la Sanidad, crea el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, el cual se encarga de fijar los mecanismos que permiten la coordinación de las diferentes autoridades sanitarias entre las comunidades autónomas y la Administración General del Estado.

Esta ley habilita a las autoridades sanitarias siempre “que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud” a “adoptar las medidas de carácter preventivo que se valoren convenientes” mediante

sentido, y ampliamente tratado en ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente. *El concepto de necesidad en Derecho Público*. Ed. Civitas, Madrid, 1996.

⁹ Al respecto, un interesante repaso de las epidemias que han afectado a nuestro país en la edad contemporánea, así como la respuesta de la Administración en cada momento en MUÑOZ MACHADO, Santiago. “El poder y la peste de 2020”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 90-91, 2020, págs. 114-131.

¹⁰ Las bases de acuerdo al artículo 2.1 y la cooperación sanitaria recogida en los artículos 70 y ss.

¹¹ Este mínimo común denominador es una exigencia al Estado de acuerdo a las Sentencias del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7º o la 173/1998, de 23 de julio, FJ 9º, entre otras.

resoluciones motivadas, por tiempo determinado y siempre que no exceda la causa que las justificó (artículo 26). Como podemos ver, se trata de una habilitación legal que permite adoptar un amplio abanico de decisiones enfocadas a hacer efectivo el derecho a la protección de la salud, además de respaldar coactivamente estas decisiones con un régimen completo de infracciones y sanciones (artículos 32 y ss.).

En lo que respecta a la LOMESP, esta precisa de aclaraciones históricas y sistemáticas no solo para ser entendida sino para ser interpretada y aplicada correctamente en nuestro ordenamiento. Esto es debido a sus especiales características, pues fue publicada con carácter previo a la LGS¹², mediante ley orgánica, carece de preámbulo y cuenta con una extensión inusualmente breve, pues está formada únicamente por cuatro artículos. Todo ello se debe a que ambas leyes (LGS y LOMESP) pertenecieron al mismo anteproyecto de Ley de Sanidad, y estos cuatro preceptos fueron desgajados del mismo por motivos técnicos al considerarse que debían revestir forma de ley orgánica por las facultades limitativas de derechos fundamentales que podían implicar¹³.

Sin dejarnos engañar por su brevedad, esta Ley, bajo cobertura orgánica¹⁴, supone una importante herramienta en la lucha contra la epidemia que estamos viviendo al facultar a todas las autoridades sanitarias, en el orden de sus respectivas competencias, a utilizar “todas las medidas que consideren oportunas” en la lucha contra las enfermedades transmisibles (artículo 3). Habilitando para actuar desde los ayuntamientos hasta la Administración General del Estado. Esta fue la principal herramienta utilizada al principio de la pandemia para hacer frente al coronavirus por las diferentes autonomías. Aunque su aplicación actualmente se ha visto reducida, tanto por la declaración del estado de alarma como por la jurisprudencia, que, como veremos, no ha sido pacífica en su interpretación.

En último lugar, tenemos la LGSP, que establece las bases que sustentan las acciones de coordinación y cooperación de las administraciones públicas en materia de salud pública. Entre sus disposiciones, y al igual que las normas precedentes en la materia, contempla disposiciones con amplios poderes encaminados a su efectivo cumplimiento, en concreto y expresamente, su artículo 54 completa las previsiones establecidas en la LGS y LOMESP, incluyendo una cláusula general en su letra f) que permite adoptar a la autoridad sanitaria competente, “cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud”.

Además de la legislación estatal específica en materia sanitaria y de salud pública analizada en los apartados anteriores, tenemos más instrumentos técnicos y jurídicos para hacer frente a esta crisis. Es el caso de las leyes de protección civil y de seguridad nacional. Se trata de

¹² Aunque ambas en el mismo BOE núm. 102, de 29 de abril.

¹³ Me remito a las explicaciones que como colaborador del mencionado anteproyecto realiza MUÑOZ MACHADO, Santiago. “El poder y la peste de 2020”, op. cit., pág. 116.

¹⁴ Como analizaremos más adelante, en 1986 el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado sobre la necesidad de ley orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, y no para la simple delimitación de alguna de sus facultades que no afecten al contenido esencial. No obstante, no me parece desacertada la reserva orgánica de estos artículos, pues su finalidad podría comprender facultades limitadoras de derechos fundamentales muy restrictivas, como también veremos.

normas transversales que son de aplicación en diferentes situaciones de emergencia, entre ellas la que estamos viviendo.

En primer lugar, la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil. Dictada al amparo del artículo 149.1. 29ª CE, atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de seguridad pública, y, en relación con el 30. 4ª CE, impone el deber de colaboración de los ciudadanos bajo la autoridad competente para evitar o minorar los daños que puedan producirse en la comunidad frente a catástrofes extraordinarias, tanto de origen natural o derivado de la acción humana. Dicho lo cual, esto no es óbice para que, en función de las características de la emergencia, se admita la competencia de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales en materia de protección civil, sin olvidar que estas deben estar siempre subordinadas a “las superiores exigencias del interés nacional”¹⁵.

Centrándome en la ley estatal, dado que cuenta con las más amplias potestades, debo reseñar dos artículos que me parecen especialmente relevantes en la lucha contra esta crisis sanitaria. Por un lado, el artículo 37.1 contempla el auxilio de las Fuerzas Armadas, principalmente mediante la Unidad Militar de Emergencias, sin perjuicio de la colaboración de otras unidades que puedan precisarse¹⁶. Y, por otro lado, el artículo 7 bis otorga a las autoridades competentes en protección civil diversas facultades limitativas de derechos para hacer frente a la emergencia, como son, por ejemplo, la requisita temporal de bienes, la suspensión de actividades o la obligación de los ciudadanos de adoptar las medidas necesarias para la evitación de riesgos, todas ellas sobradamente conocidas.

En segundo lugar, la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional¹⁷ regula la gestión de crisis en situaciones excepcionales dirigiendo la acción del Estado a proteger la libertad y el bienestar de sus ciudadanos, así como la defensa de España y sus valores constitucionales. Para ello, habilita al Gobierno para asumir la dirección en aquellas situaciones que, por la gravedad de sus efectos, requieran una coordinación reforzada a todos

¹⁵ En este sentido las Sentencias del Tribunal Constitucional 123/1984, de 18 de diciembre y 133/1990, de 19 de julio. Hemos de tener en cuenta que la actual Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil deroga la Ley 2/1985, de 21 de enero, sobre protección civil, y sobre la que previamente se había pronunciado nuestro el máximo intérprete de la Constitución.

¹⁶ Tras la aplicación del estado de alarma por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, en el marco de la “Operación Balmis” miles de soldados fueron movilizados en la lucha contra el COVID-19, prestando su ayuda en diversos frentes, participaron en labores de desinfección, refuerzo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, ejerciendo como rastreadores, logística, etc. Y que actualmente continúan su labor a través de la llamada “Misión Baluarte”. Aunque esta habilitación no se realizó al amparo de la Ley 17/2015, de 9 de julio, sino mediante el artículo 5.6 del mencionado Real Decreto y a través de lo previsto en el artículo 15.3 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional.

Debo hacer alusión al relevante papel que pueden tener las Fuerzas Armadas en entornos epidémicos, en CIQUE MOYA, Alberto. “Capacidades sanitarias militares en la prevención y lucha frente a emergencias epidémicas” En: *Emergencias pandémicas en un mundo globalizado: amenazas a la seguridad*, Ed. Ministerio de Defensa, Madrid, 2020 págs. 230-234.

¹⁷ Su creación coincide en el tiempo con la crisis vivida en Cataluña. Fue objeto de recurso de inconstitucionalidad presentado por la Generalitat y resuelto por la Sentencia del Tribunal constitucional 184/2016, clave para la interpretación de la norma. Como recoge el antecedente 1º c) “La Ley crea así, al margen de la Constitución, un espacio jurídico entre la normalidad y la excepcionalidad que suponen los estados de excepción, alarma y sitio del art. 116 CE”.

los niveles para obtener así el mejor uso de los recursos disponibles (artículo 23). En nuestro caso particular, la amenaza de la seguridad sanitaria (artículo 10), constituiría una situación de especial interés para la Seguridad Nacional. Sin poder llegar a la suspensión de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos (artículo 23) en ningún caso, y, aunque no lo contemple expresamente el texto normativo, tampoco puede establecer ninguna medida limitativa de los mismos, pues para ello precisaría una habilitación legal que no contiene. En suma, la importancia de esta norma reside en crear un marco donde puedan actuar bajo la dirección del Gobierno otras leyes en materia de salud o de protección civil como las ya mencionadas, que sí pueden implicar serias restricciones de derechos.

Por último, y no por ello menos importante, tenemos la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que históricamente ha habilitado a los alcaldes con importantes prerrogativas para hacer frente a las catástrofes. En este sentido, para los municipios de régimen ordinario el artículo 21.1.m) dice así: “Adoptar personalmente, y bajo su responsabilidad, en caso de catástrofe o de infortunios públicos o grave riesgo de los mismos, las medidas necesarias y adecuadas dando cuenta inmediata al Pleno”. En términos similares, para los municipios de gran población el artículo 124.4.h) señala se podrán “Adoptar las medidas necesarias y adecuadas en casos de extraordinaria y urgente necesidad, dando cuenta inmediata al Pleno”¹⁸.

Como hemos podido observar, este conjunto normativo al que hemos hecho alusión contempla en su mayor parte cláusulas generales e inespecíficas (cualquier medida, medidas necesarias, relevantes...) que pueden conllevar una gran discrecionalidad por parte de las autoridades competentes cualquiera que sea su nivel territorial. No obstante, y sin perjuicio de que podrían definirse algunas de estas respuestas, la excepcionalidad de situaciones que regulan hace necesario un carácter abierto, pues es justamente este el que va a permitirle adaptarse a los diferentes escenarios y hacer frente a cualquier amenaza que pueda plantearse¹⁹.

III

El derecho de excepción, por otro lado, es aquel que surge en situaciones de necesidad donde la pervivencia del Estado o la supervivencia de la población está comprometida y que faculta a los poderes públicos con todos los medios indispensables para luchar contra el riesgo que las amenaza. La habilitación conferida por la necesidad permite tanto la inaplicación de la legislación ordinaria como la adopción de medidas concretas para hacer frente al peligro. Resumidamente, permite adaptar el Derecho a la realidad social. Los poderes extraordinarios

¹⁸ Interesante reflexión sobre la posibilidad de considerar a los alcaldes como autoridades sanitarias a los efectos de invocar los poderes previstos en la LOMESP, en CIERCO SEIRA, César. “Derecho de la Salud Pública y COVID-19”. En: BLANQUER CRIADO, David, et al., *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020, págs. 25-78.

¹⁹ En palabras de MUÑOZ MACHADO, Santiago. “El poder y la peste de 2020”, op. cit., pág. 126 “la legislación siempre ha utilizado prescripciones muy generales porque es imposible fijar la ruta de una situación excepcional y predeterminar los medios que han de utilizarse para combatirla. La falta de concreción [...] ha de suplirse siempre por una cuidadosa y explícita motivación”.

que confieren estos efectos –el negativo o derogatorio y el positivo o adaptador²⁰– implícitamente confieren a este derecho de las emergencias un carácter supletorio del derecho ordinario, debiendo por ello actuar como último recurso en nuestro ordenamiento jurídico.

En lo relativo al derecho de necesidad, nuestra Constitución contempla tres estados excepcionales en su artículo 116 otorgando a los poderes públicos facultades extraordinarias para hacer frente a crisis de distinta naturaleza. Esta sucinta regulación que recoge nuestra Norma Suprema fue desarrollada por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOAES). La doctrina ha señalado que dicho precepto constitucional, así como la tipificación recogida en su norma de desarrollo, no establece tres etapas o diferentes grados de intensidad de una misma situación, sino que responde a tres escenarios cualitativamente distintos²¹. Aunque también ha reconocido que, pese a existir esa diferencia cualitativa, la interrelación entre las situaciones y las medidas contempladas para hacerle frente denota un gradualismo entre estos estados²².

Dentro de esta variedad de escenarios diferenciados que pueden darse, nuestro legislador contempla específicamente la situación actual en el artículo 4.c) de esta ley orgánica, pues este precepto cita, como uno de estos escenarios, las “crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación grave”. Obligando de esta forma a seleccionar la figura del estado de alarma para hacerle frente y no otra. Todo ello sin perjuicio de que la epidemia provoque una alteración del orden público²³ y pueda justificar también la aplicación del estado de excepción²⁴. Al margen, por ahora, también quedaría que durante la situación actual

-
- ²⁰ ÁLVAREZ GARCIA, Vicente. *El concepto de necesidad en Derecho Público*, op. cit. Debiendo matizar que no se trata de una derogación propiamente dicha, sino de un desplazamiento del derecho ordinario, el cual no se aplicaría en lo que sea contrario al derecho de necesidad. En este sentido COTINO HUESO, Lorenzo. “Los derechos fundamentales en tiempos de coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, 2020, págs. 88-101.
- ²¹ “El estado de alarma estaría previsto para contrarrestar situaciones excepcionales con origen en catástrofes naturales; el estado de excepción para contrarrestar las crisis de orden público y el estado de sitio estaría previsto para las crisis de Estado” en ONEGA LÓPEZ, José Ramón. “Estados de alarma, excepción y sitio”. *Boletín de Información (Ministerio de Defensa)*, núm. 207, 1988. Una argumentación de la diversidad frente a la gradualidad lo encontramos en CRUZ VILLALÓN, Pedro. “El nuevo derecho de excepción”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2, 1981, págs. 93-130, y de igual modo FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio”. *Revista de Derecho Político*, núm. 11, 1981, págs. 83-116.
- ²² Verbigracia, podemos observar en la LOAES que la declaración de los diferentes estados excepcionales conlleva tanto la gradual intervención del Congreso de los Diputados como la sucesiva y gradual atribución de facultades al Gobierno.
- ²³ Así lo contemplaba el Tribunal Constitucional en su Sentencia 33/1982, de 8 de junio, FJ 3º “una crisis sanitaria pueda amenazar la seguridad pública y justificar, en consecuencia, una intervención de las autoridades a las que corresponda su custodia”.
- ²⁴ Este aspecto es bastante controvertido, pues una interpretación de la LOAES, que deroga parte de la Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público, inclina a pensar, aunque no lo mencione expresamente que asume dentro del ordenamiento jurídico el papel de dicha ley, por tanto, la previsión de la declaración del estado de alarma por razón de una epidemia únicamente tendría sentido en caso de que se produjese una alteración de dicho orden. En MUÑOZ MACHADO, Santiago. “El poder y la peste de 2020”, op. cit., págs. 125-126.

se hayan adoptado medidas más propias de un estado de excepción que de alarma, pero sobre ello trataré más adelante.

Por lo expuesto anteriormente, ante la situación de emergencia generada por el coronavirus a principios del año pasado y la imperiosa necesidad de tomar medidas²⁵, se optó por apartar la legislación ordinaria y utilizar la figura del estado de alarma²⁶ como norma principal sobre la que articular todas las respuestas técnicas y jurídicas que se estimaron necesarias para hacerle frente. Los problemas jurídicos en torno a la utilización de este mecanismo constitucional no se hicieron esperar. La poca jurisprudencia existente al respecto²⁷ –sumada a la drástica situación que vivía la sociedad– no ayudaba a paliar una permanente sensación de inseguridad frente a la respuesta de los poderes públicos. Sensación que todavía perdura, pues finalizado este estado excepcional y tras unos meses en la llamada “nueva normalidad”, el Gobierno ha vuelto a optar por este mecanismo²⁸, convirtiendo lo excepcional en cotidiano²⁹.

IV

La característica descentralización del Estado español tiene su repercusión a la hora de afrontar una crisis sanitaria, pues son diversas las administraciones territoriales que intervienen en la gestión de la misma. Es por ello que la asunción de un mando único es consecuencia lógica e inevitable para una respuesta homogénea y contundente. No me refiero a la adopción de medidas restrictivas de derechos de forma indiscriminada en todo el territorio nacional, sino a la adopción de las mismas respuestas ante las mismas situaciones determinadas objetivamente³⁰.

Para ello parece necesario asumir el liderazgo desde el Gobierno a través de la coordinación y planificación de las políticas sanitarias que deben adoptarse.

²⁵ En el momento en que se aprueba el estado de alarma la situación era extrema. Ahora bien, teniendo en cuenta que en ese momento las noticias que llegaban desde Italia hacían presagiar lo peor, cabe reflexionar si previamente se podían haber adoptado otras medidas que estuviesen amparadas en la mencionada legislación sanitaria. Como si lo hicieron algunas comunidades autónomas, por ejemplo, la Orden 109/2020, de 27 de febrero, de la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias.

²⁶ Declarado por segunda vez en nuestra historia constitucional. 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 el COVID-19.

²⁷ Nuestro Tribunal Constitucional se había pronunciado al respecto en su Auto 7/2012, de 13 de enero y la Sentencia 83/2016, de 28 de abril.

²⁸ 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.

²⁹ Podemos pensar que la propia LOAES en su artículo 12.1 reconoce su carácter complementario en los casos de crisis sanitaria al contemplar que “la Autoridad competente podrá adoptar por sí, [...], las [medidas] establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas”.

³⁰ Actualmente se tiene en cuenta el número de contagios por cada 100.000 habitantes.

Respecto de a la coordinación, he mencionado que nuestra legislación sanitaria contempla un órgano en el que participan todas las autonomías: el Consejo Interterritorial de Sanidad³¹. Participan en él todos los consejeros competentes en materia de sanidad de las comunidades autónomas bajo la dirección de un órgano de la Administración General del Estado, el Ministro de Sanidad³², y cuya finalidad es la coordinación, cooperación, comunicación e información entre ellos.

En lo relativo a la planificación, esto es, a la adopción de directrices, medidas y planes de carácter general, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud habilita al Ministerio de Sanidad para realizar actuaciones coordinadas a través de la activación o diseño de planes y estrategias de actuación frente a emergencias sanitarias³³. Habilitación que considero innecesaria, pues esta podría subsumirse dentro de la de legislación básica en materia sanitaria³⁴ que recoge la Constitución.

El derecho de excepción representa la otra cara de la moneda, puesto que una de sus consecuencias es la concentración del poder público. Por ello, con el estado de alarma se produjo una asunción de las competencias en materia sanitaria a favor de la Administración General del Estado³⁵. Facultad esta –de recentralización competencial–, que, con las sucesivas prórrogas, se fue suavizando; pasando después por la cogobernanza³⁶ (durante la transición a la “nueva normalidad”), para recuperar las competencias una vez finalizado el

³¹ Órgano de coordinación creado por la LGS y cuya composición y funciones recoge posteriormente la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS).

³² Reforzadas sus competencias tras la modificación realizada por 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 el COVID-19, a la Ley 16/2003, de 28 de mayo, al añadir el artículo 65 bis que obliga a los órganos competentes de las comunidades autónomas a informar al Ministerio de Sanidad en situación de emergencia para la salud pública.

³³ Artículo 65.e) añadido por la anteriormente mencionada modificación del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio.

³⁴ En este sentido, la Sentencia del tribunal Constitucional 32/1983, de 28 de abril, “la competencia estatal para fijar las bases es una competencia de normación, que corresponde al legislador, ocurre que en algunas materias ciertas decisiones y actuaciones de tipo aparentemente coyuntural, que tienen como objeto la regulación inmediata de situaciones concretas, pueden tener sin duda un carácter básico por la interdependencia de éstas en todo el territorio nacional y por su incidencia en los fundamentos mismos del sistema normativo”. Y un análisis más amplio en SANZ LARRUGA, Javier. “Las competencias del Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales en materia sanitaria”. En: JUANE SÁNCHEZ, Miguel, et al., *Lecciones de derecho sanitario*, Ed. Universidad de Coruña, 1999, págs. 105-134.

³⁵ El artículo 4 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, nombra como autoridad competente al Gobierno y designa como autoridades competentes delegadas a la Ministra de Defensa, el Ministro de Interior, el Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y al Ministro de Sanidad, ampliando las competencias de este último en todas aquellas áreas que no recaigan en los anteriores. Por otro lado, el artículo 2 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, mantiene al Gobierno como autoridad competente, pero nombra como autoridades competentes delegadas a quienes ostenten la presidencia de cada comunidad autónoma y ciudad con Estatuto de autonomía.

³⁶ Un estudio más detallado de este proceso de gobernanza conjunta o cogobernanza con las comunidades y ciudades autónomas en ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente. “La devolución competencial a las Comunidades Autónomas tras la recentralización operada para hacer frente a la pandemia de COVID-19”. *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 55, 2020.

estado de alarma, y ya luego como autoridades sanitarias competentes en el segundo estado de alarma.

V

Otro de los aspectos que ha generado más controversia y que ha sido uno de los principales argumentos para la adopción del estado de alarma fue la necesidad de limitar diferentes derechos fundamentales. En particular, el derecho a la libre circulación recogido en el artículo 19 CE, aunque no el único³⁷. El problema planteado reside en la posibilidad de adoptar estas medidas desde la legislación ordinaria³⁸.

En primer lugar, nuestra Constitución contempla una serie de garantías para la regulación de los derechos fundamentales. Por un lado, el artículo 53 recoge la reserva de ley para su regulación y desarrollo, mientras que, por otro, el artículo 81.1 establece que esta reserva debe ser orgánica. Estas previsiones han sido ampliamente delimitadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En este sentido se entiende que la reserva de ley orgánica es aplicable a los derechos y libertades comprendidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución³⁹, únicamente para aquellas leyes que los desarrollen de modo directo⁴⁰ o establezcan restricciones en aspectos consustanciales de los mismos⁴¹, pero no para las que únicamente les afecten o incidan sobre ellos o sus facultades. Entendiendo el término desarrollo como la regulación general del derecho o la ordenación de aquellos aspectos esenciales de su régimen jurídico⁴².

En suma, y de acuerdo con el criterio del mayor interprete de la Constitución, podemos decir que estos derechos fundamentales y libertades públicas podrán limitarse mediante ley. La ley deberá ser orgánica si se contempla en ella restricciones que afecten al contenido o núcleo

³⁷ También se vieron afectados el derecho de reunión y manifestación recogido en el artículo 21 CE (al respecto interesante Sentencia con un voto particular de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de justicia de Aragón 151/2020 de 30 de abril), el derecho al sufragio recogido en el 23 CE (fueron suspendidas las elecciones regionales gallegas y vascas) y el derecho a la libertad de culto art.16 CE. Un análisis más detallado en FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio. “El estado de alarma en España por la epidemia del coronavirus y sus problemas”. *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 33, 2020, y Los problemas de las medidas jurídicas contra el coronavirus: las dudas constitucionales sobre el Estado de Alarma y los excesos normativos. *Diario La Ley*, núm. 9634, 2020.

³⁸ “Siendo imprescindible seguir manteniendo limitaciones a la libertad deambulatoria en el conjunto del territorio nacional [...]. No existe alternativa jurídica al estado de alarma que permita restringir el derecho fundamental del artículo 19 de la Constitución con el referido alcance general, criterio éste que en efecto se comparte”, el subrayado es mío. Así de contundente se mostraba la Abogada del Estado CASTRO REY, Consuelo, en el informe solicitado por el Gobierno para la cuarta prórroga del estado de alarma declarado en marzo.

³⁹ FJ 2º Sentencia 76/1983, de 5 de agosto.

⁴⁰ FJ 6º Sentencia 6/1982, de 22 de febrero.

⁴¹ FJ 2º Sentencia 101/1991, de 18 de junio.

⁴² FJ 5º Sentencia 93/1988, de 22 de marzo.

esencial⁴³ de los mismos. Pero ordinaria si solo se trata de modulaciones temporales y limitadas a la forma en que determinados sujetos disfrutan, en circunstancias muy determinadas y no generalizables, del derecho fundamental⁴⁴. De manera que formalmente no existe impedimento para que la legislación sanitaria española, a través de la cobertura legal (ordinaria y orgánica) proporcionada por el conjunto normativo ya analizado, pueda adoptar las medidas necesarias para paliar esta grave situación epidemiológica sin recurrir al estado de alarma.

El Real Decreto que declara el estado de alarma, que cuenta con el valor de norma legal⁴⁵, ha sido la herramienta central empleada por el Gobierno para combatir la pandemia, amparándose en las facultades concedidas tanto por la Constitución como por la LOAES. En base a ellas, mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se tomaron una serie de medidas temporales de carácter extraordinario de dudosa constitucionalidad⁴⁶, principalmente por la limitación del derecho a la libre circulación, que suponía, de facto, una suspensión del mismo⁴⁷.

Hablo de suspensión de este derecho, pues nuestro Tribunal Constitucional ha tenido bastantes ocasiones para pronunciarse sobre él, estableciendo un núcleo esencial bien definido⁴⁸, que, como hemos visto, solo podría verse limitado por ley orgánica. También

⁴³ Sobre el contenido esencial de un derecho, concepto importado de la Ley Fundamental de Bonn, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 11/1981, de 8 de abril, definiéndolo como "aquella parte del contenido de un derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad, o, dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo. Es también aquella parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga". De ahí que el contenido esencial de un derecho se viole "cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección".

⁴⁴ Sentencia Tribunal Constitucional 53/2002, de 27 de febrero.

⁴⁵ Así lo señala el Tribunal Constitucional en el Auto 7/2012, de 13 de enero y la Sentencia 83/2016, de 28 de abril, en relación a la declaración del estado de alarma del año 2010, "la decisión de declarar el estado de alarma, dado su contenido normativo y efectos jurídicos, debe entenderse que queda configurada en nuestro ordenamiento como una decisión o disposición con rango o valor de ley. Y, en consecuencia, queda revestida de un valor normativo equiparable, por su contenido y efectos, al de las leyes y normas asimilables cuya aplicación puede excepcionar, suspender o modificar durante el estado de alarma".

⁴⁶ Sobre los problemas constitucionales del estado de alarma y sus prórrogas, consultar FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio. "El estado de alarma en España por la epidemia del coronavirus y sus problemas", op. cit., pág. 20, hace referencia a la división doctrinal existente sobre el asunto, realizando una extensa recopilación de trabajos en ambos sentidos.

⁴⁷ En este sentido ARAGÓN REYES, Manuel. "Covid-19: aproximación constitucional a una crisis". *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 32, 2020. En contrario VELASCO CABALLERO, Francisco. "Libertades públicas durante el estado de alarma por la COVID-19". En: BLANQUER CRIADO, David, et al, *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020, págs. 84-92.

⁴⁸ Un análisis más pormenorizado de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el contenido esencial en ENRÍQUEZ MALAVÉ, Guillermo. "Inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de circulación establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19". *Diario La Ley*, núm. 9620, 2020.

tenemos que tener en cuenta que el poder constituyente, en el artículo 55 CE, ha eliminado expresamente dicha facultad al estado de alarma, pues únicamente la contempla para los estados de excepción y sitio.

En relación con las restricciones de derechos fundamentales, me parece importante reseñar las medidas adoptadas por las diferentes comunidades autónomas cuya jurisprudencia es abundante y heterogénea, pues no existe una interpretación pacífica sobre el alcance de la habilitación del artículo 3 de la LOMESP. Así, verbigracia, algunos Tribunales Superiores de Justicia no avalan su uso para establecer confinamientos perimetrales o restricciones al derecho de reunión⁴⁹ al considerar que la referencia del mencionado precepto se realiza de manera individualizada, esto es, sobre los enfermos y/o personas susceptibles de estar contagiadas, pero nunca sobre la colectividad de manera indeterminada. Amparándose en que solo por ley estatal puede establecerse limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales. Por otro lado, otros Tribunales⁵⁰, en cambio, han ratificado estas mismas medidas considerando que no comportaban una afectación intensa de los derechos fundamentales, que estaban delimitadas en un ámbito geográfico muy concreto –en un espacio temporal limitado– e iban dirigidas a grupos poblacionales con una especial incidencia de la enfermedad⁵¹.

VI

El derecho de necesidad confiere unas amplias facultades a los poderes públicos para actuar frente a situaciones extraordinarias, pudiendo utilizar todos los medios necesarios que tengan a su alcance para garantizar la preservación del Estado. Tales privilegios conllevan inherentemente el riesgo del abuso de los mismos. Por ello, además de cumplir con los principios básicos de proporcionalidad y adecuación que deben regir todas las decisiones, es importante establecer mecanismos de control para tratar de evitar o, cuanto menos, reducir ese peligro.

En este sentido, se establecen dos tipos de controles: los políticos y los judiciales⁵².

En primer lugar, analizaremos el control político, siendo sin duda el más importante y relevante el ejercido por el Parlamento. Este control podemos encontrarlo desde el proceso de creación de las leyes ordinarias, que contempla una serie de garantías que actúan como contrapesos frente a posibles arbitrariedades. De este modo la iniciativa legislativa no recae únicamente sobre el Gobierno, la misma puede provenir del Congreso o del Senado (artículo 87 CE); el debate parlamentario propiamente dicho representa el sistema parlamentario; la aprobación implica el convenio de la mayoría (Democracia); y la publicación que incorpora la norma al ordenamiento su publicidad (artículo 9.3 CE).

⁴⁹ Tribunal Superior de Justicia de Aragón en su auto de 10 de octubre o Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en su Auto 32/2020, de 22 de octubre.

⁵⁰ Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en su auto 76/2020, de 15 de octubre.

⁵¹ Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en su Auto 273/2020, de 20 de octubre. Que a su vez deniega la ratificación de las medidas adoptadas.

⁵² ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente. *El concepto de necesidad en derecho público*, op. cit., págs. 521 y siguientes.

Dada esta relevancia del Parlamento, no debe extrañar que la declaración del estado de alarma conlleve un doble mandato constitucional para el Congreso de los Diputados. Por un lado, la función establecida en el artículo 66.2 de controlar la acción del Gobierno⁵³, y, por el otro, autorizar o denegar la prórroga del estado de alarma, (artículo 116.2)⁵⁴. Sin olvidar que la declaración del estado de alarma, con independencia de la causa que preceda y motive su declaración, no interrumpe el normal funcionamiento de los órganos constitucionales, y en este sentido el artículo 116.5, que, en relación con el 116.6, vuelve a incidir sobre la prohibición de modificar el principio de responsabilidad del Gobierno. En suma, todo ello nos indica que la intención del poder constituyente es reforzar el control⁵⁵ y la exigencia de responsabilidad política⁵⁶ de quien está asumiendo un poder exorbitante mediante la declaración del estado de alarma. Constituyendo el contrapeso necesario frente a la concentración de competencias y facultades en el Gobierno de la Nación⁵⁷.

Este control sobre la acción del Gobierno es desempeñado actualmente a través de la actividad parlamentaria en tanto que esta permite el debate público y el conocimiento por los ciudadanos de la actuación del Gobierno. No obstante, al igual que al resto de la sociedad, la falta de previsión y preparación frente a esta crisis sanitaria a afectado a todos las instituciones, incluida la parlamentaria. Esta última, para adaptar su funcionamiento a las excepcionales circunstancias vividas, ha adoptado una serie de medidas, canalizadas a través de los acuerdos de las Mesas de las Cámaras⁵⁸, los cuales han permitido la “adecuación” de la actividad parlamentaria a la crisis sanitaria. Salvo una interrupción temporal⁵⁹, las Cámaras

⁵³ La propia Constitución determina diferentes medios de control (artículos 109 a 111). En relación, la Sentencia del Tribunal Constitucional 124/2018 de 14 de noviembre de 2018 “La Constitución no define en qué consiste la función de control de la acción del Gobierno que atribuye a las Cortes Generales su artículo 66.2, sino que se limita a establecer diferentes instrumentos de control en su título V; instrumentos de control que regulan, de manera singular, los Reglamentos de ambas Cámaras”.

Así mismo el artículo 8 LOAES establece la obligación del Gobierno de dar cuenta al Congreso de los Diputados de la declaración del estado de alarma y los Decretos que dicte sobre su vigencia, sin perjuicio de suministrar toda la información que le sea requerida.

⁵⁴ Aunque dicha autorización no supone realmente un control político al confluir la voluntad del Gobierno y Congreso, ALVAREZ GARCÍA, Vicente. “El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, 2020, pág. 14.

⁵⁵ Sentencia Tribunal Constitucional 124/2018, de 14 de noviembre FJ 4º “La teoría del control se presenta como parte inseparable de la teoría de la Constitución, porque ambos términos se encuentran ineludiblemente enlazados”.

⁵⁶ Dicha previsión constitucional se ve amplificada con el artículo 8 de la LOAES que establece la obligación del Gobierno de dar cuenta al Congreso de los Diputados de la declaración del estado de alarma y los Decretos que dicte sobre su vigencia, sin perjuicio de suministrar toda la información que le sea requerida.

⁵⁷ Véase ALONSO PRADA, Víctor Ernesto. “El control del congreso de los diputados al gobierno y la actividad parlamentaria durante el estado de alarma”. *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. 21, 2020, págs. 73-108.

⁵⁸ En base a los artículos 31.1 del Reglamento del Congreso de los Diputados y el 36.1.h) del Reglamento del Senado.

⁵⁹ El 10 de marzo de 2020 la Mesa del Congreso suspende la actividad parlamentaria de la Cámara Baja a causa de la crisis del coronavirus, por un alto riesgo de contagio. Decisión no exenta de

han seguido funcionando telemáticamente y a través de las Comisiones. Ahora bien, su labor de fiscalización al Ejecutivo se ha visto reducida en uno de los peores momentos. Cuando existe una restricción de libertades y una mayor concentración de poderes y competencias en el Gobierno de la Nación es cuando este control no debiera ser debilitado hasta el punto de no existir un control parlamentario efectivo⁶⁰; por el contrario, debe ser reforzado y protegido a fin de salvaguardar nuestro propio modelo y sistema constitucional⁶¹.

La declaración del segundo estado de alarma estatal durante el pasado año por Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, contemplaba expresamente en su redacción originaria (artículo 14) la rendición de cuentas por parte de Ministro de Sanidad con una periodicidad quincenal ante la Comisión de Sanidad y Consumo. Precepto modificado con el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, que amplía la comparecencia del Ministro a rendir cuentas con carácter mensual. No obstante, y en contraprestación, se prevé la comparecencia ante el Pleno del Congreso de los Diputados del Presidente del Gobierno, cada dos meses.

En última instancia tenemos el control jurisdiccional. Este supone el último control efectivo de las medidas adoptadas, ya sea bajo el paraguas de la legislación ordinaria o ya sea bajo la declaración del estado de alarma, comprobando que tanto formal como materialmente se ajustan a la legalidad, previendo o reparando, de esta forma, la vulneración de los derechos y libertades de los individuos.

La declaración del primer estado de alarma de nuestra democracia tuvo lugar en el año 2010. Contra el mismo y su prórroga se interpusieron numerosos recursos contenciosos-administrativos, que resueltos por el Tribunal Supremo⁶² y el Tribunal Constitucional, contribuyeron a la delimitación jurídica de esta novedosa figura.

El Real Decreto de declaración del estado de alarma y su prórroga, fueron considerados como actos con fuerza y valor de ley no recurribles en amparo, y el acuerdo del Consejo de Ministros que solicita autorización del Congreso para dicha prórroga, como un acto político no sujeto al Derecho Administrativo. De manera que su control corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional⁶³. Mientras que a las disposiciones y actos dictados durante la

polémica pues interrumpe el normal funcionamiento de la Cámara, siendo contrario a las previsiones recogidas en los artículos 116.5 CE y 1.4 LOAES.

⁶⁰ Una dura crítica hacia la gestión del Gobierno en FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio. “El Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre: del estado de alarma de Madrid y el desbarajuste jurídico-administrativo de las medidas contra el coronavirus a otro estado de alarma, con prórroga, ..., de nuevo con problemas constitucionales”. *Diario La Ley*, núm. 9741, 2020.

⁶¹ En palabras de ALONSO PRADA, Víctor Ernesto. “El control del congreso de los diputados al gobierno y la actividad parlamentaria durante el estado de alarma”, op. cit., pág. 90.

⁶² Autos de 10 de febrero, 9 de marzo y 30 de mayo de 2011 y 1 de junio de 2012, que inadmiten los recursos.

⁶³ Pese a ello, y probablemente por la demora en resolver de la que hace gala nuestro Tribunal Constitucional, se han interpuesto varios recursos contra los Reales Decretos que declaran el estado de alarma ante el Tribunal supremo, que fueron inadmitidos por falta de jurisdicción, verbigracia, Auto 2447/2020, de 20 de abril, Auto 2478/2020, de 4 de mayo, Auto 2505/2020, de 6 de mayo, Auto 2529/2020, de 20 de mayo, Auto 8913/2020, de 14 de noviembre, entre otros. Un análisis más detallado de algunas de estas resoluciones, entre otras muchas de distinta índole que ponen de manifiesto la intervención judicial en esta crisis sanitaria, podemos encontrarlo en FERNÁNDEZ

declaración del estado de alarma pueden ser enjuiciados ante la jurisdicción contencioso administrativa⁶⁴. Igual tratamiento reciben las órdenes, resoluciones y disposiciones dictadas por los presidentes autonómicos en aplicación de la habilitación conferida por el artículo 2.3 del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, que les permite dictarlas por delegación del Gobierno de la Nación, atendiendo a lo dispuesto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA)⁶⁵, pues estas se considerarán dictadas por el Gobierno. A todo lo mencionado, debemos de sumar la previsión que realiza la LJCA sobre la fiscalización de las medidas que se adopten en base a la legislación sanitaria.

El control establecido por la jurisprudencia y el ordenamiento jurídico encontró rápidamente problemas en la práctica. Uno de los primeros, surgió principalmente debido a las discrepancias y a las múltiples resoluciones contradictorias entre los distintos órganos judiciales, sobre el control mediante ratificación previa que los Juzgados de lo Contencioso-administrativo debían realizar de las disposiciones generales adoptadas por los gobiernos autonómicos⁶⁶. Problema relacionado con la interpretación del artículo 8.6 LJCA, en su redacción anterior al 18 de septiembre de 2020⁶⁷. Este contemplaba que dichos juzgados eran los competentes para la “autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental”, resultando de este modo la posibilidad de controlar por parte de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo las disposiciones generales. La solución al mismo podríamos encontrarla en ese momento en una interpretación sistemática del propio artículo en lo que respecta a la autorización para la entrada en domicilio, que se trata de una medida singular, aplicable por analogía a las medidas sanitarias⁶⁸.

DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio. “El Estado de Alarma y las medidas contra el coronavirus ante jueces y tribunales”. *Diario La Ley*, núm. 9651, 2020.

⁶⁴ En este sentido además de la mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional, el artículo 3.1 de la LOAES “Los actos y disposiciones de la Administración Pública adoptados durante la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio serán impugnables en vía jurisdiccional de conformidad con lo dispuesto en las leyes”.

Cuestión menos clara es el tratamiento que deben tener las concretas medidas gubernativas que se incluyen en el propio Real Decreto del estado de alarma, si estas tienen “fuerza de ley” o forman o no parte de la decisión declarativa. Tema analizado más detalladamente en VELASCO CABALLERO, Francisco. “Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, 2020, págs. 86-87.

⁶⁵ Artículo 9.4 “Las resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia y se considerarán dictadas por el órgano delegante”.

⁶⁶ Ejemplo, el Auto 84/2020 del Juzgado Contencioso-administrativo N°1 de Santa Cruz de Tenerife que ratifica la Orden 109/2020, de 27 de febrero, de la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias por la que se confina a los huéspedes de un hotel.

⁶⁷ Un análisis más detallado en SALAMERO TEIXIDÓ, Laura. “Algunas reflexiones sobre la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias al hilo de la aprobación de actos plúrimos para hacer frente a la Covid-19”. *Diario La Ley*, núm. 9638, 2020,

⁶⁸ ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente. “El comportamiento del Derecho de Crisis durante la segunda ola de la pandemia”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 90-91, 2020, págs. 26-41, y “La devolución competencial a las Comunidades...”, op. cit.

A partir de la reforma introducida en la LJCA⁶⁹ buscando homogeneizar las resoluciones y actuaciones judiciales frente a los numerosos recursos que están llegando, se modifica la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo (artículo 8.6) y se añaden nuevas competencias a los Tribunales Superiores de Justicia (artículo 10) y a la Audiencia Nacional (artículo 11.1). De este modo, los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocerán de la autorización o ratificación de las medidas sanitarias recogidas en actos administrativos singulares y que afecten a particulares identificados de manera individualizada, y los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional de aquellas disposiciones sanitarias generales dictadas por las Comunidades Autónomas o por la autoridad sanitaria estatal respectivamente.

VII

En atención a todo lo anteriormente expuesto, voy a presentar brevemente mis conclusiones:

1. Considero que nuestra legislación sanitaria está preparada para hacer frente a epidemias como la que vivimos. Presenta numerosas herramientas para ofrecer respuestas efectivas en todos los ámbitos. Ahora bien, ante la situación vivida y la realidad impuesta por la pandemia a la que ha tenido que hacer frente, se hace necesaria una reforma que recoja, sin la pretensión de ser exhaustiva, todas las medidas que la práctica ha demostrado relevantes así como el procedimiento y las garantías necesarias para su adopción, todo ello con carácter de ley orgánica y un amplio preámbulo que, pese a carecer de carácter normativo, informe del sentido de la ley y su relación con el resto de normas sanitarias.

2. El recurso del Gobierno a la declaración del estado de alarma es difícilmente cuestionable en un primer momento de la crisis dada la rápida propagación de la enfermedad, el colapso sanitario y la elevada mortalidad a la que tenía que hacer frente. No obstante, transcurridos cerca de un año desde el comienzo de la epidemia, y pese a esgrimir por parte del Ejecutivo la imposibilidad manifiesta de afrontar la crisis mediante la legislación ordinaria, todavía no se ha afrontado una reforma de calado en la misma. Esta evidente inacción legislativa está creando graves problemas a los ciudadanos por la inseguridad jurídica que genera, pues no es lógico, ni sano, vivir en una alarma constante.

3. Las numerosas “autoridades sanitarias” que la legislación sanitaria española considera competentes para el ejercicio de las potestades por ella establecidas, lejos de suponer un problema por la escasa concreción en sus disposiciones, responde a la experiencia histórica en la lucha contra las epidemias, pues, como hemos visto, en función de magnitud de la enfermedad, habilita a tomar decisiones desde los ayuntamientos, a las comunidades autónomas, e incluso al Estado. Que, en conjunción de una adecuada coordinación, permitiría adoptar respuestas específicas y homogéneas en atención a las necesidades de cada momento y lugar.

4. Si el estado de alarma no ha comportado la suspensión de ninguno de los derechos fundamentales a los que hemos hecho mención, estas medidas adoptadas bajo dicha

⁶⁹ Mediante la Disposición Final 2ª 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.

normativa podrían haberse dictado al amparo de la legislación ordinaria. Si, por el contrario, admitimos que se han producido suspensiones de estos derechos, estas quedarían fuera del marco constitucional establecido para el estado de alarma.

5. Desde la declaración del estado de alarma, el control político sobre el Gobierno ha sido de excesiva laxitud, centrándose principalmente en la autorización de las innumerables prórrogas del estado de alarma, apartando deliberadamente la gestión sanitaria del debate parlamentario y la publicidad que otorga, o al menos este sentido parece indicar la declaración de una prórroga de medio año que además contempla unos plazos de rendición de cuentas que se computan en meses.

6. El arreglo efectuado por el legislador con la reforma de los artículos 8, 10 y 11 de la LJCA ha generado nuevos problemas al imponer el deber de pronunciarse de los órganos jurisdiccionales superiores sobre las medidas sanitarias de carácter general, provocando, de esta manera, que participen directamente en la elaboración de las mismas, con el riesgo que eso entraña para la separación de poderes.

7. La figura del estado de alarma contemplada en nuestra Constitución debería ser revisada por el Tribunal Constitucional, a ser posible antes de la próxima pandemia, definiéndola y adaptándola a la situación actual, pues poco se parece la crisis que estamos viviendo a la de los controladores aéreos de hace una década.

BIBLIOGRAFÍA

- Aba Catoira, A.: “El estado de alarma en España”. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, págs. 305-334.
- Alonso Prada, V.E.: “El control del congreso de los diputados al gobierno y la actividad parlamentaria durante el estado de alarma”. *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. 21, 2020, págs. 73-108.
- Álvarez García, V.: *El concepto de necesidad en derecho público*. Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- Álvarez García, V.: “El comportamiento del Derecho de Crisis durante la segunda ola de la pandemia”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 90-91, 2020, págs. 26-41.
- Álvarez García, V.: “El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, 2020, págs. 6-21.
- Álvarez García, V.: “La devolución competencial a las Comunidades Autónomas tras la recentralización operada para hacer frente a la pandemia de COVID-19”. *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 55, 2020.
- Aragón Reyes, M.: “Covid-19: aproximación constitucional a una crisis”. *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 32, 2020.
- Carreño Ibáñez, L.V.: “La capacidad de la respuesta española frente a las pandemias”. En: *Emergencias pandémicas en un mundo globalizado: amenazas a la seguridad*, Ed. Ministerio de Defensa, Madrid, 2020, págs. 189-206.

- Cierco Seira, C.: “Derecho de la Salud Pública y COVID-19”. En: D. Blanquer Criado et al., *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020, págs. 25-78.
- Cique Moya, A.: “Capacidades sanitarias militares en la prevención y lucha frente a emergencias epidémicas”. En: *Emergencias pandémicas en un mundo globalizado: amenazas a la seguridad*, Ed. Ministerio de Defensa, Madrid, 2020, págs. 207-254.
- Cotino Hueso, L.: “Los derechos fundamentales en tiempos de coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, 2020, págs. 88-101.
- Cruz Villalón, P.: “El nuevo derecho de excepción”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2, 1981, págs. 93-130.
- Enríquez Malavé, G.: “Inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de circulación establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”. *Diario La Ley*, núm. 9620, 2020.
- Fernández de Gatta Sánchez, D.: “El estado de alarma en España por la epidemia del coronavirus y sus problemas”. *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 33, 2020.
- Fernández de Gatta Sánchez, D.: “El Estado de Alarma y las medidas contra el coronavirus ante jueces y tribunales”. *Diario La Ley*, núm. 9651, 2020.
- Fernández de Gatta Sánchez, D.: “El Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre: del estado de alarma de Madrid y el desbarajuste jurídico-administrativo de las medidas contra el coronavirus a otro estado de alarma, con prórroga, ..., de nuevo con problemas constitucionales”. *Diario La Ley*, núm. 9741, 2020.
- Fernández de Gatta Sánchez, D.: “Los problemas de las medidas jurídicas contra el coronavirus: las dudas constitucionales sobre el Estado de Alarma y los excesos normativos”. *Diario La Ley*, núm. 9634, 2020.
- Fernández Segado, F.: “La Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio”. *Revista de Derecho Político*, núm. 11, 1981, págs. 83-116.
- Gómez Zamora, L.: “Breve estudio de las medidas adoptadas durante el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el covid-19”. *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. 21, 2020, págs. 19-72.
- Hidalgo García, M^a M.: “Las enfermedades infecciosas: el gran desafío de seguridad en el siglo XXI”. En: *Emergencias pandémicas en un mundo globalizado: amenazas a la seguridad*, Ed. Ministerio de Defensa, Madrid, 2020, págs. 39-80.
- Lamata Cotanda, F.: “Crisis sanitarias y respuesta política”. *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, vol. 4, núm. 3, 2006, págs. 401-406.
- Muñoz Machado, S.: “El poder y la peste de 2020”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 90-91, 2020, págs. 114-131.
- Muñoz Machado, S.: *La sanidad pública en España (Evolución histórica y situación actual)*. Ed. Ministerio de Política Territorial y Administración Pública, 1975.
- Nogueira López, A.: “Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, 2020, págs. 22-31.

- Onega López, J.R.: “Estados de alarma, excepción y sitio”. *Boletín de Información (Ministerio de Defensa)*, núm. 207, 1988.
- Salamero Teixidó, L.: “Algunas reflexiones sobre la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias al hilo de la aprobación de actos plúrimos para hacer frente a la Covid-19”. *Diario La Ley*, núm. 9638, 2020.
- Santamaría Pastor, J.A.: “Notas sobre el ejercicio de las potestades normativas en tiempos de pandemia”. En: D. Blanquer Criado et al., *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020, págs. 79-134.
- Sanz Larruga, J.: “Las competencias del Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales en materia sanitaria”. En: M. Juane Sánchez et al., *Lecciones de derecho sanitario*, Ed. Universidad de Coruña, 1999, págs. 105-134.
- Sarrión Esteve, J.: “La competencia de las autoridades sanitarias para restringir derechos en situación de crisis sanitaria”. *Gaceta Sanitaria. Sociedad Española de Salud Pública y Administración*, septiembre, 2020.
- Velasco Caballero, F.: “Libertades públicas durante el estado de alarma por la COVID-19”. En: D. Blanquer Criado et al., *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Ed. Tirant lo Blanch, 2020, págs. 79-134.
- Velasco Caballero, F.: “Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87, 2020, págs. 78-87.
- Zamora Roselló, M.R.: “Administración de emergencia ante una pandemia: aplicación de los principios básicos del Derecho Administrativo”. *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 55, 2020.