

BREVE ANÁLISIS DE LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE REACCIÓN RÁPIDA Y DE GESTIÓN JURÍDICA FRENTE AL SARS-COV-2. LA NECESIDAD DE UNA REINGENIERÍA JURÍDICA EN SALUD PÚBLICA

José María
Antequera Vinagre

*Profesor de Derecho Sanitario y Bioética
Escuela Nacional de Sanidad
Instituto de Salud Carlos III*

SUMARIO

1. Introducción. Un colapso sanitario y un colapso jurídico. 2. Identificación de los instrumentos jurídicos de reacción frente a epidemias y riesgos para la colectividad en el Ordenamiento jurídico español. 2.1. Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. 2.2. Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. 2.3. Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil. 2.4. Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. 2.5 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. **3. Propuestas de reingeniería jurídica para fortalecer los mecanismos normativos de pronta respuesta ante crisis sanitarias. 4. Referencia bibliográficas.**

RESUMEN

Identificación de los instrumentos jurídicos sanitarios más relevantes para hacer frente a crisis sanitarias como la de la Covid-19, y la necesidad del derecho creativo y reingeniería jurídica.

PALABRAS CLAVE

Covid-19, instrumentos jurídicos sanitarios, riesgos salud pública.

ABSTRACT

Identification of the most relevant legal health instruments to deal with health crises such as Covid-19, and the need for creative law and legal re-engineering.

KEYWORDS

Covid-19, legal health instruments, public health risks.

1. INTRODUCCIÓN. UN COLAPSO SANITARIO Y UN COLAPSO JURÍDICO

El de 11 de marzo de 2020¹ la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró pandemia internacional² por el virus SAR-Cov-19; ese día el Director General del citado organismo ya hacía público su patente preocupación por la situación por los contagios mundiales por el virus SAR-Cov-19:

“Desde la OMS hemos llevado a cabo una evaluación permanente de este brote y estamos profundamente preocupados tanto por los alarmantes niveles de propagación y gravedad, como por los alarmantes niveles de inacción. Por estas razones, hemos llegado a la conclusión de que la Covid-19 puede considerarse una pandemia.”, y advierte con rotundidad *“que no es solo una crisis de salud pública, es una crisis que afectará a todos los sectores, y por esa razón todos los sectores y todas las personas deben tomar parte en la lucha.”*

Estas palabras son premonitorias, vista por la evolución de la epidemia en España.

El contexto epidemiológico, el colapso de los servicios sanitarios y sociosanitarios hacía inevitable el uso de algún instrumento jurídico que coadyudara a limitar la cadena de transmisión comunitaria, aliviara la tensión asistencial en los servicios prestacionales antes mencionados. En aras de proteger la vida y la integridad física de los ciudadanos, la contención de la progresión de la Covid-19, y para reforzar nuestro sistema sanitario se activó el mecanismo constitucional de la declaración del 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 el Covid-19 (RD de Estado de Alarma). Un Estado de Alarma “Sanitaria”.

La reciente y actual pandemia de la Covid-19 ha supuesto, no solo un evidente reto sanitario si no

también un reto jurídico (y mucho de derecho creativo). Un esfuerzo de articulación jurídica para el legislador sino de esfuerzo de entendimiento para los diferentes operadores jurídicos. Nuestro modelo constitucional de convivencia se ha visto sometido a una clara pulsión y estrés. Quizá, sin ser excesivo en la calificación, la declaración del Estado de Alarma el pasado 14 de junio de 2020 ha sido uno de los hitos históricos más fundamentales desde la restauración democrática en nuestro país, condimentado con toda una pléyade de textos normativos de publicación diaria en el BOE.

Con seguridad ni los constituyentes ni los legisladores posteriores pudieron imaginar que un tsunami jurídico-biológico fuera a impactar de lleno sobre las bases del funcionamiento democrático. Una entidad biológica (el SAR-Cov-19) ha puesto patas arriba nuestro modelo constitucional, estableciéndose una excepcionalidad constitucional por causa sanitaria, afectando de lleno en el catálogo de derechos fundamentales enraizados en la CE. La finalidad de este artículo no es adentrarse en este análisis, al ser más descriptivo de ciertos instrumentos normativos de ayuda para el control de epidemias, y en su caso, también propositivo para afrontar con mayor solvencia jurídica futuras crisis sanitarias de análoga naturaleza y consecuencias.

Ante un pandemia mundial nuestra capacidad de reacción jurídico-constitucional era muy limitada, y así se ha evidenciado: se ha tenido que recurrir a mecanismos excepcionales para afrontar esta crisis sanitaria; esa reacción tenía como objetivo fundamental evitar el colapso de los servicios sanitarios y sociosanitarios (asistencial, urgencias y emergencias extrahospitalarias, residencias de ancianos, atención domiciliaria, etc.), y consecuentemente tener capacidad de atender sanitaria a los pacientes Covid-19 y no Covi-19. Finalmente el sistema sanitario colapsó, y consecuencia de dicha situación no se ha podido garantizar la adecuada atención sanitaria; igualmente esta crisis sanitaria de la Covid-19 ha puesto en inmediato, directo y grave riesgo a los profesionales sanitarios y sociosanitarios por la pública y notoria falta de medios de protección individual. Toda esta situación ha fomentado además un evidente aumento de la litigiosidad, que unido a la parálisis de la actividad judicial conduce necesariamente a una clara fragilidad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Nuestro Sistema Nacional de Salud (SNS) se erige bajo los principios de universalidad y equidad en el acceso a las prestaciones sanitarias, con dos leyes estructurales básicas como son la Ley 14/1986 General de Sanidad (LGS) y la Ley 16/2003 de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud

¹ El 30 de enero de 2020 la OMS declaró a nivel internacional una Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional (ESPII) por el SARS-CoV-2 que ya implicaba unas necesarias respuestas para los países, e implicaba una serie de obligaciones en cuanto al control de brotes y vigilancia epidemiológica. Información emitida por el Centro de Coordinación y Emergencias Sanitarias (Ministerio de Sanidad, España). Disponible en la URL: https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos/Valoracion_declaracion_emergencia_OMS_2019_nCoV.pdf. (Con acceso el 26.06.2020)

² Véase alocución de apertura del Director General de la OMS en la rueda de prensa sobre la COVID-19 celebrada el 11 de marzo de 2020. Disponible en la URL: <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. (Con acceso el 27.06.2020).

(LCCSNS). Este diseño estructural y asistencial desarrolla el artículo 43 CE (el derecho a la protección de la salud), claramente vinculado (por su carácter instrumental) al artículo 15 CE (el derecho a la vida y a la integridad física). La gestión de la sanidad está plenamente descentralizada. Este armazón jurídico ha evidenciado escasa capacidad de respuesta para hacer frente a este tsunami de demanda asistencial-sanitaria, porque carece de la propiedad natural de unidad de reacción. Nuestro modelo de descentralización sanitaria ha evidenciado un evidente déficit de unidad y de coordinación en la respuesta por parte de las Administraciones públicas sanitarias. Para evitar futuras disfuncionalidades una de las líneas de trabajo de la Comisión para la reconstrucción social y económica (CRSE) creada en el Congreso de los Diputados ha aprobado un Grupo de Trabajo Sanidad y Salud Pública³. Es importante un nuevo escenario jurídico que configure un modelo seguro, de unidad y de respuesta rápida frente a las crisis sanitarias.

En el actual contexto de transición, de un marco de legalidad constitucional de excepción a una, indeterminada jurídicamente, “nueva normalidad”⁴ se ha mostrado que nuestro ordenamiento jurídico requiere una profunda refundición y nueva normativa para rellenar esos espacios vacíos que requieren ser rellenados con normativa ordinaria y de excepción y que sean ágiles y de rápida respuesta. Nuestro modelo de Estado⁵ se ha mostrado inoperante para garantizar el derecho a la vida y a la integridad física de sus ciudadanos tanto en ámbito sanitario como sociosanitario. Esta crisis sanitaria no solo ha afectado a la libertad de las personas, si no, y más grave ha afectado al sustrato de todos los derechos fundamentales: la vida y la integridad física.

Es obligado hacer al menos una mínima referencia sobre los futuros “usos sanitarios” de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LO 4/1981), y así, es vital traer a colación el Auto del Tribunal Constitucional del 30 de Abril de 2020⁶, porque, entiendo, es un

3 Véase trabajos del Grupo de Trabajo de Sanidad y Salud Pública. Disponible en la URL: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Organos/SubPon?piref73_1339276_73_1339269_1339269.next_page=/wc/documentacionInformComisiones&idOrgano=390301&idLegislativa=14. (Con acceso el 28.06.2020)

4 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.

5 Artículo 1.1 de la Constitución: “España se configura en un estado social y democrático de derecho

6 Véase Nota de Prensa Nº 47/2020. Gabinete del Presidente. Oficina de Prensa Disponible en la URL: https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2020_047/NOTA%20INFORMATIVA%20

“aperitivo” o anticipo de la idoneidad⁷ del instrumento constitucional de la declaración del estado de alarma para preservar la vida y la integridad física de la ciudadanía ante situaciones de riesgo para la colectividad como la Covid-19:

“ii. En el supuesto que nos ocupa, la limitación del ejercicio del derecho tiene una finalidad que no solo ha de reputarse como legítima, sino que además tiene cobertura constitucional bastante en los artículos 15 Ce (garantía de la integridad física de las personas) y 43 ce (protección de la salud), ambos tan intensamente conectados que es difícil imaginarlos por separado, máxime en las actuales circunstancias. Es aquí donde la finalidad de la medida restrictiva del ejercicio del derecho confluye con la justificación de la declaración del Estado de Alarma. Las razones que sustentan ambas son idénticas y buscan limitar el impacto que en la salud de los seres humanos, en su integridad física y en su derecho a la vida pueda tener la propagación del COVID-19 (...) Ante esta incertidumbre tan acentuada y difícil de calibrar desde parámetros jurídicos que acostumbran a basarse en la seguridad jurídica que recoge el artículo 9.3 ce, las medidas de distanciamiento social, confinamiento domiciliario y limitación extrema de los contactos y actividades grupales, son las únicas que se han averado eficaces para limitar los efectos de una pandemia de dimensiones desconocidas hasta la fecha. Desconocidas, y desde luego, imprevisibles cuando el legislador articuló la declaración de los estados excepcionales en el año 1981.”

Nuestro país camina de manera inexorable hacia un nuevo territorio, inexplorado, jurídico que se denomina “nueva normalidad”⁸, definida⁹ como:

“El presente real decreto-ley tiene por objeto establecer las medidas urgentes de prevención, contención y coordinación necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, así como prevenir posibles rebrotes, con vistas a la superación de la fase III

[N%C2%BA%2047-2020.pdf](#). (Con acceso el 28.06.2020)

7 ATC de 30 de abril de 2020. FJ 4º, pág. 25-26. Disponible en la URL: https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2020_047/2020-2056ATC.pdf. (Con acceso el 28.06.2020)

8 Desarrollada mediante 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.

9 Artículo 1 del 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.

del Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad por parte de algunas provincias, islas y unidades territoriales y, eventualmente, la expiración de la vigencia del estado de alarma declarado por 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 el COVID-19, y sus prórrogas.”

Muchas incertidumbres sanitarias sobre la evolución de la Covid-19, si no también, otras muchas sobre la capacidad de respuesta de nuestro arsenal jurídico como país, escasa normativa, obsoleta y dispersa, que ha obligado a parchear las deficiencias, y así el legislador ganar tiempo para diseñar un nuevo escenario jurídico, ahora sí, solvente para hacer frente a riesgos tan graves para salud pública.

2. IDENTIFICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE REACCIÓN FRENTE A EPIDEMIAS Y RIESGOS PARA LA COLECTIVIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Disperso, obsoleto, asténico y disneico, así podríamos definir nuestro catálogo jurídico de “usos sanitarios” para hacer frente a situaciones generadas por la Covid-19, y otras que puedan darse a corto, medio y largo plazo. A continuación, se describen de manera breve algunas herramientas jurídicas de utilidad jurídico-sanitaria en contextos de crisis sanitarias generadas por epidemias y otros riesgos para la salud de la colectividad. En el propio Pleno del Congreso de los Diputados el Ministro de Sanidad Salvador Illa Roca en su intervención expone que el Real Decreto-Ley 21/2020 pretende dotarnos de instrumentos legales operativos¹⁰; un claro reconocimiento de la carencia de instrumentos legales idóneos y operativos para afrontar situaciones como la generada por la Covid-19.

2.1 Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma¹¹, excepción y sitio

Es obligada realizar una mirada retrospectiva, y con técnicas propias de arqueología jurídica analizar

¹⁰ Comparecencia del Ministro de Sanidad Salvador Illa Roca. Sesión 32, 25 de junio de 2020. Disponible en la URL <http://www.congreso.es/wc/wc/audiovisualdetalle?codSesion=32&codOrgano=400&fechaSesion=25/06/2020&mp4=mp4&idLegislaturaElegida=14>. (Consultado el 28.06.2020)

¹¹ Para una mejor comprensión y entendimiento entre operadores jurídico y de la sociedad sería adecuado el uso del concepto “estado de alarma sanitaria”

el origen de esta ley orgánica que regula situaciones de excepcionalidad constitucional. Interesante sin duda unas palabras del Ministro del Interior (1ª Legislatura) Rosón Pérez¹² en Comisión Constitucional en defensa del proyecto de ley:

“... ésta de hoy no es una ley de horizonte ideal; que ni siquiera es una ley deseable. Antes al contrario, lo deseable sería que no fuera preciso aplicarla ni ponerla en marcha. Pero los supuestos que determinan su promulgación no son hechos inventados o que no puedan nunca producirse. Son hechos cuya realidad nos enseña la historia de los pueblos, la historia de los sistemas políticos, y nos muestra, con alguna frecuencia, la experiencia. La Constitución ha tenido en cuenta esta necesidad, y ha considerado que podían producirse la suma de hechos que da lugar al proyecto de ley que hoy se va a debatir”.

Curiosa, ilustrativa y definición perfecta de lo que son las leyes que regulan los estados de alarma, excepción y sitio: leyes no deseables, y leyes que nadie quiere aplicar, pero que la historia nos enseña la necesidad de tenerlas en el arsenal jurídico de reacción ante riesgos para la colectividad. Actualmente estamos viviendo una de esas pruebas que tensionan la capacidad de resistencia de una sociedad, y que ponen en claro estrés jurídico el ejercicio de los derechos fundamentales.

El artículo 116 CE¹³ se ubica en el Título V

¹² Diario de Sesiones Congreso de los Diputados. 21 DE ABRIL DE 1981.-NOM. 160, pág 9875-6. http://www.congreso.es/public_oficiales/L1/CONG/DS/PL/PL_160.PDF. Ministro del Interior Rosón Pérez. Comisión Constitucional.

¹³ Artículo 116 de la Constitución española establece:

“1. Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes.

2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración.

3. El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos.

4. El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones.

5. No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales

(“De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales”) por lo tanto el diseño constitucional se asienta en un marco colaborativo entre poderes del Estado.

Mucho se ha discutido sobre la idoneidad y adecuación de la declaración del estado de alarma para hacer frente a la gestión de la crisis sanitaria de la Covid-19; la opción del legislador fue clara y nítida, como muy bien se prescribe en el artículo cuarto, b: *Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves*.¹⁴ La Declaración del Estado de Alarma “Sanitaria” habilita para tomar las medidas necesarias¹⁵ para proteger la vida y la integridad física de la ciudadanía, y más en situaciones de riesgo epidémico, generando de manera directa una limitación de otros derechos fundamentales como el derecho de libre circulación por todo el territorio nacional (artículo 19 CE), o el derecho de reunión (artículo 21 CE); esta limitación está justificada porque el distanciamiento social es la mejor herramienta de contención de la transmisión comunitaria de un virus como el SARS-CoV-2, y así evitar un colapso continuado en los servicios sanitarios y sociosanitarios.

El supuesto descrito en el artículo cuarto, b de la Ley Orgánica 4/1981 es garantía de fortalecimiento del artículo 43 CE, y éste, al ser instrumental del artículo 15 CE¹⁶, tutela el derecho a la vida de la ciudadanía expuesta a un riesgo real, inminente, cierto y vital como el que ha generado la Covid-19. El extraordinario, manifiesto y el potente intervencionismo del poder ejecutivo sobre los derechos fundamentales mediante un instrumento de excepcionalidad constitucional se justifica por la urgencia y necesidad de una epidemia como la concurrente. Sin duda hasta que recuperemos nuestro mundo

del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados.

Disuelto el Congreso o expirado su mandato, si se produjere alguna de las situaciones que dan lugar a cualquiera de dichos estados, las competencias del Congreso serán asumidas por su Diputación Permanente.

6. *La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes.*”

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

15 Artículo Sexto, dos de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio: En el decreto se determinará el ámbito territorial, la duración y los efectos del estado de alarma, que no podrá exceder de quince días. Sólo se podrá prorrogar con autorización expresa del Congreso de los Diputados, que en este caso podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga.

16 Véase ATC de 30 de abril de 2020. FJ 4º, pág. 25-26. Disponible en la URL: https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2020_047/2020-2056ATC.pdf. (Con acceso el 28.06.2020)

perdido, simplemente nuestra normalidad, urge diseñar modernos instrumentos jurídicos que no sea haga necesario utilizar *leyes no deseables*.

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

Este instrumento jurídico-sanitario, si bien afecta a derechos fundamentales, no sería un instrumento de gestión, planificación, gobernanza y administración de crisis sanitarias que afectaran al conjunto de las Comunidades Autónomas, es posible que en el marco de la “nueva normalidad” y hasta que el “Gobierno declare de manera motivada y de acuerdo con la evidencia científica disponible, previo informe del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19”¹⁷ pueda ser un mecanismo útil para rebrotes delimitados en grupos de personas o espacios territoriales más concretos, identificables y controlables. Es la lógica conclusión que puede extraerse de la literalidad de su articulado, breve y muy general, quizás esta indefinición de supuestos facilite la necesaria flexibilidad y adaptabilidad a situaciones muy cambiantes e incontrolable que caractericen a la crisis sanitaria y riesgos para la colectividad.

Esta Ley Orgánica regularía dos supuestos:

- a. Acciones sobre una persona o grupo de persona afectadas por alguna patología que genere un riesgo real y cierto sobre la colectividad¹⁸. Una coerción sanitaria directa sobre enfermos que incluiría hospitalizaciones forzosas.
- b. Acciones de prevención y control sobre la población en general por la existencia una enfermedad transmisible y que sitúa en riesgo al conjunto de la ciudadanía¹⁹. En este supuesto las

17 Artículo 2.3 del 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.

18 Artículo Segundo, de Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.: *Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control 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.*

19 Artículo Tercero, de Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública : *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*

Administraciones sanitarias en base a la habilitación excepcional de esta Ley Orgánica puede imponer a persona o grupos de personas acciones de control, vigilancia, seguimiento de contactos, rastreos, etc.

En ambos supuestos hay una evidente injerencia sobre los derechos fundamentales de las personas.

El juzgado²⁰ de lo contencioso-administrativo número 2 de Santiago de Compostela, expresa:

“El carácter abierto de estas medidas, exigibles y legitimadas por la defensa de la salud pública, se acentúa en el artículo 3 al habilitar a las Administraciones Públicas para adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mimos y del medio ambiente inmediato, todo ello con el fin de controlar las enfermedades transmisibles”.

En este caso se decreta la búsqueda y aislamiento forzoso de un paciente con PCR positiva al Covid-19, el Magistrado justifica la necesaria indeterminación de los supuestos habilitantes para que las autoridades sanitarias competentes activen medidas para proteger a la ciudadanía ante un riesgo de salud pública.

La utilidad o uso sanitario de esta LO estaría muy focalizado en grupos concretos de población. A mayor abundamiento, es de interés traer a colación el AUTO²¹ núm. 318/20 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 24 de abril de 2020 enjuicia el caso de un ciudadano con varias sanciones por incumplimiento del confinamiento determinado por el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo de declaración del Estado de Alarma, de una manera ilustrativa y clarificadora expresa:

“... existen también medidas legales a disposición de las autoridades sanitarias para hacer frente a los incumplimientos en la materia, sin necesidad de acudir al derecho penal, para responder a supuestos concretos de riesgo para la

la que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible.

²⁰ Véase caso paciente con PCR Positiva a la Covid-19. Se decreta su búsqueda y aislamiento domiciliario forzoso. Auto del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 2 de Santiago de Compostela (sección 2ª) de 23 de junio de 2020. Disponible en la URL: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/38ee907128e0e180/20200625>. (Con acceso el 28.06.2020).

²¹ Auto núm. 318/20 de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 24 de abril de 2020 (Diligencias Previas 409/2020). Disponible en la URL: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/f5e72e53a438fc93/20200429>. (Con acceso el 28/06/2020)

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, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de la Salud Pública. Este cuadro normativo pone de manifiesto que, para conjurar un riesgo para la salud pública, los medios adecuados no se encuentran en el derecho penal ni en el proceso de esa naturaleza.”

2.3 Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil

El Real Decreto 463/2002, de 14 de marzo, en su artículo 5.4 habilitó al Ministro del Interior para que coordinara “los servicios de intervención y asistencia en emergencias de protección civil.”²², y que fue desarrollado de manera somera por Orden INT/228/2020²³, de 15 de marzo, por la que se establecen criterios de aplicación 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 el COVID-19, en el ámbito del Sistema Nacional de Protección Civil. Esta Orden INT prescribió:

- a. La constitución del Comité Estatal de Coordinación.
- b. La comunicación reforzada a través del Centro Nacional de Emergencias.
- c. La comunicación y avisos a la población.
- d. La Activación del voluntariado de protección civil.

Para un mejor entendimiento de lo que son los servicios de intervención y asistencia hay que acudir al artículo 17.1 de la Ley 17/2015, de 9 de julio, que determina cuáles son los servicios de intervención y asistencia:

”1. Tendrán la consideración de servicios públicos de intervención y asistencia en emergencias de protección civil los Servicios Técnicos de Protección Civil y Emergencias de todas las Administraciones Públicas, los Servicios de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento,

²² Artículo 5.4 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo: “Los servicios de intervención y asistencia en emergencias de protección civil definidos en el artículo 17 de la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil, actuarán bajo la dependencia funcional del Ministro del Interior.”

²³ Disponible en la URL: <https://www.boe.es/boe/dias/2020/03/15/pdfs/BOE-A-2020-3696.pdf>. (Con acceso el 25.06.2020).

y de Prevención y Extinción de Incendios Forestales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, los Servicios de Atención Sanitaria de Emergencia, las Fuerzas Armadas y, específicamente, la Unidad Militar de Emergencias, los órganos competentes de coordinación de emergencias de las Comunidades Autónomas, los Técnicos Forestales y los Agentes Medioambientales, los Servicios de Rescate, los equipos multidisciplinares de identificación de víctimas, las personas de contacto con las víctimas y sus familiares, y todos aquellos que dependiendo de las Administraciones Públicas tengan este fin.”

Aparte de esta concreta activación tras la Declaración del Estado de Alarma, es bien cierto que la precitada Ley 17/2015, de 9 de julio incorpora ciertas previsiones normativas para “uso sanitario y de salud pública” que hay que conocer y no desdeñar: a su potencialidad:

a. Crea el Sistema Nacional de Protección Civil en su artículo 3:

“1. El Sistema Nacional de Protección Civil integra la actividad de protección civil de todas las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, con el fin de garantizar una respuesta coordinada y eficiente mediante las siguientes actuaciones:

a) Prever los riesgos colectivos mediante acciones dirigidas a conocerlos anticipadamente y evitar que se produzcan o, en su caso, reducir los daños que de ellos puedan derivarse.

b) Planificar los medios y medidas necesarias para afrontar las situaciones de riesgo.

c) Llevar a cabo la intervención operativa de respuesta inmediata en caso de emergencia.

d) Adoptar medidas de recuperación para restablecer las infraestructuras y los servicios esenciales y paliar los daños derivados de emergencias.

e) Efectuar una coordinación, seguimiento y evaluación del Sistema para garantizar un funcionamiento eficaz y armónico del mismo.”

b. Define las Emergencias de Interés Nacional en su artículo 28:

“Son emergencias de interés nacional:

1. Las que requieran para la protección de personas y bienes la aplicación de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio.

2. Aquellas en las que sea necesario prever la coordinación de Administraciones diversas porque afecten a varias Comunidades Autónomas y exijan una aportación de recursos a nivel supraautonómico.

3. Las que por sus dimensiones efectivas o previsibles requieran una dirección de carácter nacional.”

c. Determina los efectos de la declaración de Emergencia de Interés Nacional en su artículo 30:

“1. Declarada la emergencia de interés nacional, el titular del Ministerio del Interior asumirá su dirección, que comprenderá la ordenación y coordinación de las actuaciones y la gestión de todos los recursos estatales, autonómicos y locales del ámbito territorial afectado, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley para los estados de alarma, excepción y sitio, y en la normativa específica sobre seguridad nacional.

2. El Ministro del Interior podrá, en función de la gravedad de la situación, requerir la colaboración de las diferentes Administraciones Públicas que cuenten con recursos movilizables, aunque la emergencia no afecte a su territorio.”

Una desconocida Ley, y que no ha generado mucho interés entre los operadores jurídicos tras el 14 de marzo de 2020, sin embargo, de alguna manera se postula como una norma de complemento de los estados de alarma, sitio y excepción, tal y como describe el precitado artículo 30.

2.4 Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública

A los efectos del presente artículo cabe destacar el Título V que desarrolla “La autoridad sanitaria estatal, vigilancia y control”. Esta ley es muy relevante ante situaciones de epidemia como la actual de la Covid-19; este Título desarrolla la Autoridad Sanitaria Estatal y las Medidas especiales y cautelares, ambas regulaciones vinculadas con la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.

Esta Ley General de Salud Pública es una norma que “amplifica” los efectos de la precitada Ley Orgánica 3/1986, y así se expone en el artículo 54.1:

“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.”

Por una cuestión de lógica garantista se establece la necesidad de previa audiencia de los interesados, salvo obviamente cuando concurren circunstancias de urgencia, y en todo caso las medidas que se tomen deben fundamentarse en el principio de proporcionalidad²⁴.

Es verdaderamente llamativo que nuestro ordenamiento cuente con una ley que regula los aspectos más relevantes de la prestación pública de salud pública, pero solo se la menciona en el Real Decreto-Ley 21/2020, de 9 de junio, en su dimensión sancionadora sin más.

2.5 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

Este Real Decreto-Ley²⁵ de “nueva normalidad”, como indica en el artículo 1 tiene por objeto “establecer las medidas urgentes de prevención, contención y coordinación necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, así como prevenir posibles rebrotes”. Este Real Decreto-Ley ha sido convalidado, y será tramitado por el procedimiento de urgencias como proyecto de ley. Dada la relevancia del escenario epidemiológico y sanitario ha contado con amplio respaldo parlamentario, tanto para la convalidación como para la ulterior tramitación como proposición de ley.²⁶

24 Artículo 54.3 de la Ley 33/2011, de 4 octubre, General de Salud Pública: “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.”

25 Concluido - (Convalidado y tramitado como Proyecto de Ley) desde 25/06/2020). Disponible en la URL: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW14&FMT=INTXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=%28130%2F000022*.NDOC.%29. Si: 265, No: 77, Abstenciones: 5 (Con acceso el 27 de junio de 2020).

26 Resultado de la votación en el Pleno del Congreso

Consecuentemente, se abre una “período de transición” que incluye limitaciones en el ejercicio de derechos fundamentales justificadas para evitar rebrotes de la COVID-19 e inevitables nuevos colapsos continuados en los servicios sanitarios y sociosanitarios, e igualmente restricciones de la actividad económica y social; pero además de ese objetivo de mantener capacidad de respuesta de los servicios públicos sanitarios, tiene además una finalidad de coadyuvar a minimizar los efectos de la Covid-19 sobre la vida y la integridad física de los ciudadanos. Sin capacidad de respuesta de nuestro sistema sanitario las consecuencias sobre la salud de la colectividad volverá a ser de proporciones catastróficas.

Una vez que decaído el Estado de Alarma “Sanitaria”, se activa este Real Decreto-Ley de la “nueva normalidad” y que va a suponer una cohabitación entre esta norma, permítaseme la expresión, de “legalidad sanitaria de excepción” con las normas de “legalidad sanitaria ordinaria”.

En la propia Exposición de Motivos se reconoce de manera explícita, los escasos mecanismos de solvente respuesta jurídica una vez decaído el Estado de Alarma:

“Por ello, ante los posibles riesgos que pudieran derivarse de la pérdida de vigencia automática de dichas medidas para la favorable evolución en el logro de los objetivos de contención de la pandemia, por la aparición de nuevos brotes epidemiológicos y nuevas cadenas de transmisión no identificadas que comprometieran la garantía de la integridad física y la salud de las personas y que situasen de nuevo bajo una enorme presión asistencial los recursos sanitarios disponibles, desde la óptica del deber constitucional de los poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas, se hace urgente y necesaria la adopción de dichas medidas preventivas, mientras no sea declarada oficialmente la finalización de la situación de crisis sanitaria”.

Y a mayor abundamiento, y a mayor reconocimiento:

“Adicionalmente, la amplitud y gravedad de esta crisis sanitaria han puesto de manifiesto determinadas carencias en la regulación contenida en nuestra legislación ordinaria, al margen de la declaración del estado de alarma,

de los Diputados del 25 de junio de 2020. Disponible en la URL: <https://app.congreso.es/votacionesWeb/InvocaReport?sesion=32&votacion=15&legislatura=14>. (Con acceso el 27 de junio de 2020).

para hacer frente a crisis sanitarias de esta o similar naturaleza. Por ello se considera también necesario acometer una serie de modificaciones puntuales de la legislación sanitaria de modo que se garantice a futuro la articulación de una respuesta eficaz y coordinada de las autoridades sanitarias ante este tipo de crisis.”

Una de las importantes novedades, es la creación mecanismos jurídico de reacción rápida denominado: «actuaciones coordinadas en salud pública». Se crea un nuevo ecosistema jurídico de excepcionalidad transitoria.

El Gobierno de España de manera extensiva justifica la utilización de este instrumento legal para dar cobertura jurídica suficiente a un período indeterminado de “nueva normalidad”. No es objeto de este análisis abordar la idoneidad o no del uso de este instrumento jurídico. La Exposición de Motivos exuda una plena confesión de las limitaciones de nuestro ordenamiento jurídico para hacer frente con solvencia normativa a crisis de esta naturaleza.

En todo este contexto de claras limitaciones jurídicas, brota normativamente el denominado el deber general de cautela y protección de todos los ciudadanos (la repetida responsabilidad individual como mecanismo necesario de contención). Cada uno de nuestros comportamientos sociales es fundamental para un manejo ordenado de esta vigente, e indefinida crisis sanitaria nacional.

En el artículo 8 se define un marco general de planificación en los centros, servicios y establecimientos sanitarios, que tiene especial relevancia, para poder gestionar la atención sanitaria demorada, la ordinaria y la demanda sanitaria vinculada a la Covid-19. Este artículo determina una serie de obligaciones para evitar las claras situaciones de falta de medidas de protección para los pacientes y los profesionales:

- a. Se determina la existencia de circuitos Covid-19 y no Covid-19 para los centros asistenciales.
- b. Obliga a la existencia de una reserva estratégica de material sanitario.

Este concreto artículo evitará las imágenes que quedarán grabada en la historia de nuestro país: un Sistema Nacional de Salud en colapso y parálisis. Íntimamente vinculado a lo anterior, se define el instrumento formal de planificación y gestión de la “nueva normalidad”: *los planes de contingencia*. Es obligación, ahora, de las Comunidades Autónomas contar con estos planes (capacidad de respuesta)

que, esta vez sí, garanticen la solvencia de nuestro sistema sanitario para hacer frente a rebrotes del virus SARS-CoV-2.

Como se indicaba previamente una de las novedades más importantes que establece este Real Decreto-Ley es la obligación para las Comunidades Autónomas de diseñar “planes de contingencias que garanticen la capacidad de respuesta y la coordinación”, obviamente de aplicable a “los servicios de Salud Pública, atención primaria y atención hospitalaria”

Un cabal entendimiento del “espíritu organizativo” de los citados planes de contingencias, hace presuponer que los denominados *planes internos* (de reacción y respuesta) estarán al menos diseñados de manera básica en aquéllos. Los planes internos son de obligado cumplimiento para todos “*los centros de atención primaria, hospitalarios, de titularidad pública y privada*”; estos planes internos, de reacción rápida, es el instrumento jurídico, de planificación, ordenación y gobernanza gestora ante los posibles rebrotes, y hasta que no volvamos a la normalidad a secas.

Quizá, uno de los aspectos más relevantes de este Real Decreto-Ley es la nueva redacción que se da al artículo 65 de Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, incorporando una nueva situación jurídico-sanitaria de excepcionalidad: “actuaciones coordinadas en salud pública y en seguridad alimentaria”, y cuyas características más relevantes son:

- 1.- Su declaración formal corresponde al Ministro de Sanidad, previo acuerdo en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud; no obstante, en caso de “*situaciones de urgente necesidad*” se podrían tomar las medidas estrictamente necesarias, y en lógica normativa proporcionadas y adecuadas; sin duda la causa de esta habilitación habría que entroncarla con una evidente crisis sanitaria de rápida expansión, y que afectara de manera incontrolada a la salud de la colectividad.
- 2.- En base a que esta formal declaración genera una excepcionalidad normativa obliga a encuadrar o etiquetar aquella en una serie de supuestos o contextos; en coherencia con el objeto de este artículo, es de destacar, la siguiente previsión: “*responder a situaciones de especial riesgo o alarma para la salud pública.*”, y desarrolla una serie de instrumentos de gestión y administración de las crisis sanitarias: *la activación o diseño de planes y estrategias de actuación para afrontar emergencias sanitarias*.

El virus SARS-CoV-2 y la enfermedad que produce (la Covid-19) ha generado, usando terminología clínica, una evidente neumonía bilateral a nuestro ordenamiento jurídico, cuyo tratamiento debería ser mucho consenso parlamentario, adecuado derecho creativo, y una refundación en el seno de las leyes sanitarias de excepcionalidad.

3. PROPUESTAS DE REINGENIERÍA JURÍDICA PARA FORTALECER LOS MECANISMOS NORMATIVOS DE PRONTA RESPUESTA ANTE CRISIS SANITARIAS

El exministro del Interior Juan José Rosón Pérez calificaba a las leyes sobre estados de alarma, excepción y sitio como leyes no deseables: calificativo plenamente vigente. Quizá, si nuestro ordenamiento jurídico hubiera actuado con visión de medicina preventiva y salud pública la excepcionalidad en la legalidad constitucional no se hubiera producido. Disponer de un catálogo o arsenal jurídico tan obsoleto, ha hecho inexorable la excesiva intervención sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos. El previo, somero y breve, estudio sobre diferentes instrumentos jurídicos de “uso sanitario” constata la necesidad de abordar, de manera perentoria y urgente, una profunda y extensa reforma legal para evitar de nuevo un colapso jurídico. Igual que España necesita una reserva estratégica de recursos sanitarios y sociosanitarios, igualmente, se requiere una reserva estratégica jurídica solvente y de rápida reacción ante crisis sanitarias como la de la Covid-19. Desde mi punto de vista el mecanismo constitucional de la declaración de Estado de Alarma contiene las características oportunas para reforzar a nuestro modelo sanitario tanto público como privado en situaciones de epidemias y otras crisis sanitarias excepcionales. Es un potente instrumento de coordinación y cogobernanza en un sistema descentralización política.

Toca la innovación jurídica, es el momento de la creatividad en los operadores jurídicos del derecho creativo. Nuestros profesionales sanitarios, nuestros ciudadanos, nuestros sistemas prestacionales han estado en un contexto de guerra. En la actualidad estamos en un ámbito de convivencia, aun de excepcionalidad: la nueva normalidad. Los diferentes operadores jurídicos debemos reflexionar, y orientar el sentido de muchas normas jurídicas del ámbito del derecho sanitario: se impone una reingeniería jurídica. En coherencia con lo anterior es fundamental:

- 1.- refundir la dispersión normativa en materia sanitaria.
- 2.- aprobar una nueva ley orgánica sobre intervención y declaración de crisis sanitaria nacional.
- 3.- diseñar una ley que regule los supuestos de movilización de los profesionales sanitarios y sociosanitarios.
- 4.- aprobar una ley sobre reservas estratégicas sanitarias y sociosanitarias.
- 5.- aprobar una ley de compensación para los profesionales sanitarios.
- 6.- aprobar una ley sobre calidad prestacional en los centros sociales y sociosanitarios.
- 7.- crear una comisión para el diseño de una especie de ley de contrato de atención sociosanitaria en régimen residencial y de dependencia.

Siempre son tiempos para la reflexión académica, pero son más tiempos para ofertar a la sociedad propuestas jurídicas solventes: este es el reto de los diferentes operadores jurídicos.

4. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICAS

- Biblioteca Jurídica Digital (Boletín Oficial del Estado). Código Electrónico COVID-19: Derecho Europeo, Estatal y Autonómico. Disponible en la URL: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=355_COVID-19_Derecho_Europeo_Estatal_y_Autonómico_&tipo=C&modo=1. (Con acceso 25 a 28 junio 2020).
- Comparecencia del Ministro de Sanidad Salvador Illa Roca. Sesión 32, 25 de junio de 2020. Disponible en la URL <http://www.congreso.es/wc/wc/audiovisualdetalledisponible?codSesion=32&codOrgano=400&fechaSesion=25/06/2020&mp4=mp4&idLegislaturaElegida=14>. (Consultado el 28.06.2020)
- Grupo de Trabajo de Sanidad y Salud Pública. Disponible en la URL: http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Organos/SubPon?piref73_1339276_73_1339269_1339269_next_page=/wc/documentacionInformComisiones&idOrgano=390301&idLegislatura=14. (Con acceso el 28.06.2020)

- Guías y Protocolos Covid-19 del Consejo General del Poder Judicial. Disponible en la URL: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Informacion-COVID-19/Guias-y-Protocolos/>. (Con acceso el 28.06.2020).
- Informes científico-técnicos sobre la COVID-19 del Instituto de Salud Carlos III. Ministerio de Sanidad y Ministerio de Ciencia e Innovación. Disponible en la URL: <https://www.conprueba.es/informes>. (Con acceso el 27.06.2020).
- Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad (28 de abril de 2020). Disponible en la URL: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejo-dem Ministros/resumenes/Documents/2020/Plan-TransicionNuevaNormalidad.pdf>. (Con acceso en junio 2020).
- Repositorio de Documentos Técnicos para profesionales. Ministerio de Sanidad. Disponible en la URL: <https://www.msbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov-China/documentos.htm>. (Con acceso en junio 2020).