



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

# **PANDEMIA Y LIMITACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES: EN ESPECIAL, LA RESERVA DE JURISDICCIÓN COMO REQUISITO CONSTITUCIONAL**

Autor: Blanca Hernández-Vallejo Fernández

Doble Grado en Derecho y Administración de Empresas (5º E3 B)

Área de Derecho Constitucional

Tutor: Federico de Montalvo Jääskeläinen

Madrid

Abril, 2021

**Resumen:**

La crisis sanitaria ocasionada con motivo de la COVID-19 ha conllevado la restricción de multitud de derechos como resultado de las medidas para evitar la expansión del virus. Entre estos, se puede hablar del derecho a la libre circulación, el derecho de reunión, el derecho a la propia imagen o, incluso, el derecho a la integridad física, que cobra un especial interés con relación al actual proceso de vacunación. Así las cosas, gran parte de estas medidas limitadoras de derechos han sido ampliamente criticadas, debatiéndose su constitucionalidad y cuestionándose si han sido las más adecuadas dado el contexto actual.

En el presente trabajo se han analizado los distintos modelos y requisitos para la limitación de derechos fundamentales que acoge nuestro Ordenamiento Jurídico, haciendo un especial énfasis en el estado de alarma y la controversia que este ha generado. De esta manera, se ha podido observar que, si bien el marco legal español recoge alternativas a aquel, la necesidad de una reforma que permita la gestión efectiva de este tipo de crisis sanitarias y otorgue una mayor salvaguarda a los derechos de los ciudadanos resulta imperativa y notoria. Entre las posibilidades, parece que la más deseable es aquella donde se dé un mayor peso a los tribunales, principales garantes de los derechos y libertades de los ciudadanos.

**Palabras clave:** derechos fundamentales, limitación, COVID-19, estado de alarma, pandemia, vacunación, control jurisdiccional.

**Abstract:**

The COVID-19 health crisis, and the consequential measures to prevent the spread of the virus, have led to the restriction of many rights. These include the right to freedom of movement, the right of assembly, the right to one's self-image, and even the right to physical integrity, which is of particular interest concerning the current vaccination process. As a result, these measures limiting rights have been harshly criticized, debating their constitutionality, and questioning whether they have been the most appropriate in the current context.

This paper has analyzed the different models and requirements for the limitation of fundamental rights included in our legal system, focusing on the state of alarm and the controversy it has generated. Although the Spanish legal framework includes alternatives, there is an imperative and notorious need for reform to ensure the effective management of this type of health crisis and provide greater safeguards to citizens' rights. Among the possibilities, it seems that the most desirable will be the one that gives greater weight to the courts, the main guarantors of citizens' rights and freedoms.

**Key words:** fundamental rights, limitation, COVID-19, state of alarm, pandemic, vaccination, jurisdictional control.

## **CONTENIDO**

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I. CUESTIONES GENERALES: LA LIMITACIÓN DE DERECHOS DURANTE LA PANDEMIA</b> .....	<b>2</b>
<b>1. TEORÍA GENERAL SOBRE LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL</b> .....	<b>2</b>
1.1. El juicio de proporcionalidad: la salud pública como límite a los derechos .....	3
1.2. Limitación y suspensión de derechos .....	4
1.3. Restricción de derechos fundamentales por parte de las Comunidades Autónomas: competencia y problemática .....	6
<b>2. PRINCIPALES DERECHOS AFECTADOS POR LA PANDEMIA</b> .....	<b>8</b>
2.1. El confinamiento y las libertades de circulación y residencia .....	9
2.2. Las restricciones a la libertad religiosa y de culto .....	11
2.3. El derecho a la propia imagen y el uso de la mascarilla .....	12
<b>CAPÍTULO II. LA PROBLEMÁTICA DE LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA. COLISIÓN CON EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA</b> .....	<b>15</b>
1. LA OBLIGATORIEDAD DE LA VACUNA CONTRA LA COVID-19 .....	15
2. MÉTODOS DE OBLIGATORIEDAD INDIRECTA DE VACUNACIÓN .....	19
3. VACUNACIÓN Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO .....	23
<b>CAPÍTULO III. EL CONTROL DE LA PANDEMIA: HERRAMIENTAS Y NORMATIVA EMPLEADA</b> .....	<b>26</b>
<b>1. PANDEMIA Y DERECHO COMPARADO</b> .....	<b>26</b>
1.1. El modelo francés y su emergencia sanitaria .....	27
1.2. El modelo italiano y la crítica por la ausencia de control jurisdiccional .....	28
<b>2. ESTADO DE ALARMA Y CONSTITUCIONALIDAD</b> .....	<b>29</b>
2.1. El estado de alarma y el artículo 116 de la CE: cuestiones básicas .....	29
2.2. La controversia sobre el uso del estado de alarma durante la pandemia .....	31
<b>3. ALTERNATIVAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL AL ESTADO DE ALARMA</b> .....	<b>35</b>
3.1. El control futuro de la pandemia a través del estado de alarma .....	35
3.2. En búsqueda de un modelo intermedio .....	35
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>41</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>45</b>

## LISTADO DE ABREVIATURAS

CE	Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, modificada el 28 de agosto de 1992 y el 27 de septiembre de 2011.
CEDH	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.
<i>Cfr.</i>	Indica que la idea expresada se ha extraído de la obra que se cita pero no se recoge en sus exactos términos.
<i>Op. cit.</i>	Hace referencia a cualquier tipo de obra citada con anterioridad (mismo autor, mismo título y misma edición) pero no de forma inmediata, puesto que hay otras notas al pie intercaladas.
LGSP	Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
LO	Ley Orgánica.
LOAES	Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.
LOMEMSP	Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.
RD 463/2020	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 926/2020	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.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TC	Tribunal Constitucional.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
<i>Vid.</i>	Indica donde se puede ampliar la información. También sirve para hacer remisiones internas dentro del propio Trabajo.

## INTRODUCCIÓN

La COVID-19 ha puesto en jaque al mundo. Los gobiernos han chocado con la necesidad repentina de dar solución a una situación hasta entonces imprevista, acudiendo a técnicas legislativas de diversa índole para afrontar la crisis tanto sanitaria como económica que se acontecía. Mientras que unos países ponían el énfasis en salvaguardar la economía, otros sacrificaban al sector privado para así salvar las vidas de sus ciudadanos, limitando derechos tan fundamentales como la libertad de circulación o de residencia. De esta manera, encontramos planes de actuación tan diversos como Estados hay en el mundo. Si bien la mayoría se decantó, inicialmente, por la implantación de confinamientos generales, otros han impuesto medidas mucho más laxas. Al igual que la pandemia ha ido evolucionando, lo han hecho también las medidas, transformando los cierres totales en toques de queda y restricciones de la movilidad y el aforo. Ello en un intento de lograr un equilibrio entre la limitación de los derechos fundamentales y el freno de las inminentes olas que iban colapsando los hospitales y destruyendo la economía.

Desde que el virus cruzó nuestras fronteras, la primera herramienta –por no decir la más utilizada– a la que ha acudido el Gobierno de la nación ha sido el estado de alarma, recogido en el artículo 116 de la CE. Si bien este únicamente se había utilizado una vez en el pasado –durante la crisis de controladores aéreos en 2010–, se ha promulgado en el ámbito estatal ya en dos ocasiones durante el pasado año: en marzo y en octubre. Pero, siendo esta una opción tan extrema, ¿no existen acaso en nuestro Ordenamiento Jurídico otras medidas a las que acudir?

A lo largo de este trabajo se va a estudiar la capacidad de nuestro sistema normativo de ofrecer una solución intermedia a la limitación de derechos fundamentales, acudiendo a medidas que vayan «menos allá» del estado de alarma. De esta forma, tras analizar el impacto que ha tenido la pandemia en los derechos fundamentales de los españoles, se procederá a analizar el posible déficit que presenta la regulación actual, discerniendo si contamos con herramientas bastantes para afrontar esta pandemia (y las próximas que puedan acaecer), si nos encontramos ante una imperante necesidad de reforma, o bien si la respuesta viene de la mano de la vía de la interpretación.

## **CAPÍTULO I. CUESTIONES GENERALES: LA LIMITACIÓN DE DERECHOS DURANTE LA PANDEMIA**

Gran parte de las medidas extraordinarias implementadas a consecuencia de la pandemia han consistido en la limitación de los derechos fundamentales de los ciudadanos españoles. Por ello, se considera preciso, en primer lugar, analizar las distintas técnicas legislativas, herramientas y requisitos que nuestro Ordenamiento Jurídico pone al alcance del legislador para establecer dichas limitaciones, así como los derechos que han resultado mayormente afectados y el juicio de proporcionalidad que se ha seguido a la hora de hacerlo.

### **1. TEORÍA GENERAL SOBRE LA RESTRICCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**

Dentro de nuestro sistema constitucional, los derechos, en ningún caso, son absolutos. Así lo ha sentado reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional que considera que «no existen derechos ilimitados. Todo derecho tiene sus límites que [...] establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos»<sup>1</sup>. Se han de distinguir, por tanto, dos elementos fundamentales dentro de cualquier derecho: los delimitativos, esto es, límites internos impuestos por la propia CE y que marcan y condicionan su ejercicio; y los limitativos, que son, propiamente, los límites al reconocimiento del aquel y que cobran vida cuando se invade su ámbito jurídicamente protegido.

Además de estos últimos, nuestra Carta Magna recoge la posibilidad de que se empleen otros instrumentos normativos para la limitación de los derechos. Entre otros encontramos la reserva de Ley Orgánica para el desarrollo del contenido esencial de los derechos fundamentales que se plasma en su artículo 81.1 de la CE; la reserva de limitación que se configura para el ejercicio de ciertos derechos en su propia redacción<sup>2</sup>;

---

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 2/1982, de 29 de enero [versión electrónica – base de datos del Tribunal Constitucional. Ref. ECLI:ES:TC:1982:2], FJ 5.

<sup>2</sup> Por ejemplo, el artículo 17 de la CE hace una remisión a la ley para determinar los casos en los que se puede limitar el derecho a la libertad individual. De manera similar, el artículo 19 de la CE hace también

la reserva de Ley en lo que respecta a la regulación del ejercicio de los derechos que se recoge en el artículo 53.1 de la CE; y la posibilidad de suspensión de derechos plasmada en el artículo 55 de la CE.

### **1.1.El juicio de proporcionalidad: la salud pública como límite a los derechos**

En la situación actual de pandemia, las limitaciones de derechos fundamentales que posteriormente se van a exponer se conjugan dentro del citado elemento limitativo: la limitación de derechos por un conflicto con el interés colectivo, en este caso, la salud pública. A la hora de establecer dichas limitaciones y, especialmente, determinar su constitucionalidad *ex post*, es preciso aplicar el principio de proporcionalidad, el cual «se asegura que la intensidad de la restricción o el medio para su aplicación sea el indispensable para hacerlo efectivo, de manera que el límite cumpla su función»<sup>3</sup>. La jurisprudencia constitucional ha marcado cuatro subprincipios dentro de este: (i) la legitimidad, es decir, que el fin que sirve de justificación a la limitación se prevea en la propia CE; (ii) la idoneidad, esto es, que la medida sea adecuada para alcanzar dicho fin; (iii) la necesidad de imposición de dicha medida por no existir otro límite menos coercitivo; y (iv) el equilibrio entre el sacrificio del derecho y el fin logrado, también conocido como proporcionalidad en sentido estricto<sup>4</sup>.

Es a través de este último subprincipio cuando entra en juego el llamado núcleo o contenido esencial del derecho, que aparece como límite de límites. En palabras del Tribunal Constitucional se define como «aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así. [...] [Además,] se rebasa o se desconoce el contenido esencial 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»<sup>5</sup>. Por tanto,

---

alusión a la ley para determinar los términos bajo los cuales se puede entrar y salir libremente del territorio nacional.

<sup>3</sup> Bastida Freijedo et al., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 131.

<sup>4</sup> *Vid.*, por ejemplo, la STC núm. 18/1999, de 2 de febrero (FJ 3): «todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas restrictivas sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 62/1982 y 13/1985), ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone (STC 37/1989) y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (SSTC 11/1981, 196/1987, 120/1990, 137/1990 y 57/1994)».

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 11/1981, de 8 de abril [versión electrónica – base de datos del Tribunal Constitucional. Ref. ECLI:ES:TC:1981:11], FJ 8.

a fin de que la limitación del derecho por parte de los Poderes Públicos sea constitucional, se ha de respetar dicho contenido mínimo o esencial, «que no opera tan sólo en el momento normativo de los derechos, sino que modula también la aplicación concreta de los límites en las intervenciones administrativas de los derechos o en la labor de la jurisdicción ordinaria»<sup>6</sup>. Así, no solo es de aplicación en la configuración normativa del derecho, sino también durante la intervención de los tribunales, donde la determinación de este se hará caso por caso, en función del derecho que se haya visto afectado.

Por otro lado, es gracias a dicho contenido esencial, según afirma parte de la doctrina constitucionalista, que es posible deslindar la limitación de la suspensión del derecho; cuestión angular en la determinación de la constitucionalidad del estado de alarma en la que profundizará en el último capítulo de este trabajo. Se entiende que la limitación, en todo caso, ha de respetar el núcleo esencial del derecho, teniendo la suspensión, por su parte, un carácter más drástico –sin que ello implique, no obstante, una intrusión en el mismo–. Siguiendo esto, una limitación de derechos resultaría legítima dentro de estado de alarma, pero en ningún caso una suspensión de aquellos, debiéndose en dicho caso acudir a otra herramienta que sí lo permitiese, como son los estados de excepción o de sitio.

## **1.2. Limitación y suspensión de derechos**

¿Qué ha de entenderse por suspensión? Además de las posibilidades de limitación de derechos que recoge nuestro Ordenamiento, como ya se ha mencionado, es en el artículo 55 de la CE donde se plasman los dos supuestos de Derecho de Excepción, permitiendo la suspensión de los derechos y libertades previamente consagrados: la suspensión general mediante la declaración de uno de los estados de sitio o excepción del artículo 116 de la CE; y la suspensión individual de aquellos a través de Ley Orgánica.

Resulta así preciso, en primer lugar, determinar la relación existente entre la suspensión y la limitación. Siguiendo a parte de la doctrina constitucionalista, el planteamiento radica en «si la suspensión es una forma más intensa de limitación de los derechos fundamentales, consistente en su pérdida de fundamentalidad, o si, por el contrario, se trata de una auténtica desconstitucionalización temporal de aquéllos, es

---

<sup>6</sup> Aguiar de Luque, L., “Los límites de los derechos fundamentales”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, n. 14, 1993, p. 26 (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1051173>; última consulta 20/11//2020).

decir, de una supresión temporal de la vigencia de una norma constitucional»<sup>7</sup>. De esta manera, se trata bien de una cuestión de intensidad, bien de una cuestión de esencia, por cuanto la vigencia del derecho desaparece del Ordenamiento Jurídico o no. A este respecto, el propio TEDH ha sentado, en numerosa jurisprudencia en lo que se refiere al derecho de derogación<sup>8</sup>, el respeto a la esencia del derecho objeto de derogación como límite principal a la misma<sup>9</sup>. Así, se concluye por este Tribunal que «entre “privación” y “restricción de libertad” no hay más que una diferencia de grado o de intensidad, no de naturaleza o de esencia (Caso Guzzardi contra Italia de 6 de noviembre de 1980 y caso Amuur contra Francia de 25 de junio de 1996; en lo que se refiere a la disciplina militar, caso Engel contra Holanda de 8 de junio de 1976)»<sup>10</sup>. Se concluye, pues, en atención a dicha jurisprudencia, que la suspensión supone una restricción del derecho que, sin afectar a su contenido esencial, resulta más intensa que la propia limitación, si bien el derecho se mantiene vigente en ambos casos.

Por consiguiente, el empleo de las normas antes mencionadas al objeto de suspender los derechos y libertades, bien de forma general, bien de forma individual, permite una restricción más amplia de los mismos, pero que, en ningún caso, los podrá desvirtuar. Así las cosas, no son pocos los autores que alegan la necesidad de declaración de estado de excepción para la imposición de las medidas de confinamiento y demás restricciones de carácter fuerte, si bien ello se analizará más adelante.

---

<sup>7</sup> Aláez Corral, B., “El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales” en López Guerra, L.M., y Espín Templado, E. (coords.), *La Defensa del Estado: actas del I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 234.

<sup>8</sup> El artículo 15 del CEDH, que versa: «*en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional*», permite la derogación de ciertos derechos recogidos en el Convenio cuando se dan determinadas circunstancias, otorgando a los Estados Miembros una herramienta cuyas consecuencias jurídicas construcción y construcción son similares al Derecho de Excepción que recoge la CE.

<sup>9</sup> *Vid.*, entre otros, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos núm. 11209/84, de 24 de noviembre de 1988, caso Brogan y otros contra Reino Unido, (párrafo 59): «*the significance to be attached to those features can never be taken to the point of impairing the very essence of the right guaranteed*».

<sup>10</sup> Álvarez García, F.J., “Estado de alarma o excepción”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 40, n. 0, 2020, p. 1150 (disponible en <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/6706>; última consulta 27/11/2020).

### 1.3. Restricción de derechos fundamentales por parte de las Comunidades Autónomas: competencia y problemática

Uno de los principales debates que han surgido durante la pandemia es la capacidad de las Comunidades Autónomas para dictar normativa limitadora de derechos. A este respecto, resulta preciso recordar la distribución competencial en lo que se refiere a los derechos fundamentales, estableciéndose en la CE las siguientes reservas: de Ley Orgánica para su desarrollo –concretada a través del artículo 81.1 de la CE– y de Ley para la regulación de su ejercicio. El motivo de dichas reservas radica en la forma de elaboración de estos tipos normativos, que presupone su aprobación por las Cortes Generales con las mayorías previstas a tal efecto, salvaguardando y protegiendo así los derechos a la vez que garantizando la seguridad jurídica.

No obstante, la cuestión fundamental al hilo de la pandemia radica en si las Comunidades Autónomas gozan o no de competencia para la limitación de derechos –no con relación a su desarrollo– y, en caso afirmativo, en qué condiciones. Si bien la doctrina se halla dividida, a mi juicio la reserva de Ley plasmada en el artículo 53.1 de la CE, con respecto a la regulación del ejercicio de los derechos, no excluye la competencia de las Leyes Autonómicas en esta cuestión, «en lo que no sea desarrollo directo y estricto de las normas constitucionales que los declaren»<sup>11</sup>. Así, el debate se cierne sobre si se precisa una norma que recoja la posibilidad de imponer medidas limitadoras concretas, o bien, si basta con una habilitación general para la imposición de aquellas.

Hasta el momento, las Comunidades Autónomas han amparado su potestad para la limitación de los derechos en su competencia en materia de «salud e higiene», derivada del artículo 148.1.21º de la CE, así como del artículo 3 de la LOMEMSP<sup>12</sup>. En este sentido, el Consejo de Estado, en su reciente dictamen núm. 213/2021, entiende que son competentes con base en esta norma. Ello, a su vez, se ha visto completado con una cláusula de control jurisdiccional *a priori* de las medidas generales limitativas de derechos, introducida en el artículo 10.8 de la LJCA por la Ley 3/2020, de 18 de

---

<sup>11</sup> Murillo De la Cueva, P.L., “Delimitación de la competencia autonómica para la regulación de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Político*, n. 46, 1999, p. 32 (disponible en <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:Derechopolitico-1999-46-FF3A40EE&dsID=PDF>; última consulta 21/12/2020).

<sup>12</sup> Según este último, «con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible».

septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente a la COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Así, se impone el control de las medidas que afectan a una generalidad de sujetos dictadas por las Autoridades sanitarias autonómicas por los Tribunales Superiores de Justicia a fin de garantizar la fiscalización de las limitaciones y una mayor seguridad jurídica.

Por otro lado, esta habilitación competencial del artículo 3 de la LOMEMSP, es una clara una habilitación genérica, no un marco de actuación concreto. Así las cosas, ciertos sectores doctrinales entienden que «esa remisión genérica a las “medidas oportunas” en absoluto cumple con los requisitos para permitir una acción gubernamental de limitación de derechos generalizada. En todo caso, permitirá una restricción de derechos a personas individualizadas con la consiguiente autorización judicial»<sup>13</sup>. No obstante, con independencia de la generalidad o no de esta habilitación, ha de tenerse en cuenta el carácter del derecho a la salud como prestación, y que son las Comunidades Autónomas las prestadoras de aquel por estar transferido. De esta manera, decir que no pueden configurar su ejercicio resulta una grave contradicción con el reparto competencial recogido en la CE.

Sin embargo, desde esta última perspectiva, dado que las limitaciones impuestas no son tanto al derecho a la salud –competencia autonómica– sino a otros derechos fundamentales, el *quid* de la cuestión radica, pues, en determinar hasta qué punto pueden las Comunidades regular; es decir, hasta dónde puede afectar la limitación de los derechos. Hay quienes alegan que «desde una Comunidad Autónoma no se pueden limitar derechos fundamentales con carácter general sin una previa declaración de la alarma»<sup>14</sup>, ello debido a que si bien la sanidad y la salud son los argumentos para limitar el derecho, no son el derecho limitado. Siguiendo esta postura, únicamente cabría la actuación de las Comunidades Autónomas para la limitación de ciertos derechos amparándose en la normativa expuesta de mediar un estado de alarma, pero no en todos los casos.

Siguiendo la línea anterior, que entiende la habilitación genérica como insuficiente, cabría preguntarse qué resultaría más efectivo en la limitación de los

---

<sup>13</sup> Sáenz Royo, E., “Limitar Derechos Fundamentales Durante la Pandemia”, *Agenda Pública*, 14 de julio de 2020 (disponible en <http://agendapublica.elpais.com/limitar-derechos-fundamentales-durante-la-pandemia/>; última consulta 28/11/2020).

<sup>14</sup> Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.2 de Madrid núm. 121/2020, de 22 de agosto [versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ECLI:ES:JCA:2020:53A], FJ 3. Este fallo, a su vez, fue anulado en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, sentencia núm. 7439/2020.

derechos fundamentales durante la pandemia: la promulgación de una Ley que fije un marco general de medidas, con los criterios y requisitos para la limitación de derechos fundamentales –pudiendo así las Comunidades aplicar aquellas más convenientes para la situación de su territorio–; o la declaración de un estado de alarma bajo cuyo amparo se incardine la limitación. Parece que la primera opción es manifiestamente menos lesiva para los derechos, en tanto que permite un mayor control, pues «la jurisdicción contencioso-administrativa no es competente para revisar la declaración del estado de alarma [...], mientras que sí lo es, como hemos visto, para verificar la adecuación a Derecho de las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias en aplicación de la LOMEMSP y la LGS»<sup>15</sup>.

A modo de conclusión, si bien me inclino por la postura de que la habilitación realizada por la LOMEMSP resulta suficiente para la limitación de derechos fundamentales por parte de los gobiernos autonómicos en aras de proteger la salud pública, se trata de una cuestión que el Ejecutivo se plantea presentar ante el TC. Así, en caso de no serlo, considero que resultaría más beneficiosa la promulgación de una ley marco *ad hoc* en lugar de la utilización del estado de alarma generalizado. Ello, no obstante, debe venir matizado con el hecho de que toda norma limitadora de derechos ha de someterse a un control judicial que salvaguarde y garantice la proporcionalidad y necesidad de la medida, es decir, la reserva de jurisdicción como requisito constitucional a la limitación de los derechos.

## 2. PRINCIPALES DERECHOS AFECTADOS POR LA PANDEMIA

Dejando a un lado las distintas medidas económicas que se han adoptado, así como aquellas de carácter sanitario dirigidas a reforzar hospitales y centros de salud, es preciso hacer mención de aquellas cuyo objeto primordial ha sido detener la propagación del virus y reducir el número de contagios, pues son estas las que mayor impacto están teniendo sobre los derechos fundamentales de los ciudadanos. Dentro de este listado de medidas, cuyo empleo comenzó durante el primer estado de alarma hace más de un año, las más utilizadas han sido (i) el uso obligatorio de mascarillas, (ii) el confinamiento o restricción de la movilidad dentro de territorio español, así como el cierre de fronteras, y

---

<sup>15</sup> Gamero Casado, E., “Legalidad y control de las nuevas limitaciones de derechos ante rebrotes del Covid-19”, *Almacén de Derecho*, 27 de agosto de 2020 (disponible en <https://almacendederecho.org/legalidad-y-control-de-las-nuevas-limitaciones-de-derechos-ante-rebrotes-del-covid-19>; última consulta 21/01/2021).

(iii) la reducción de aforos en establecimientos y cierre de locales, universidades y escuelas.

Si bien son muchos los derechos que se han visto afectados por las medidas impuestas para frenar la COVID-19 –como, por ejemplo, el derecho a la protección de datos y la privacidad, los derechos de los pacientes, los derechos de los niños, el derecho a una muerte digna, la libertad de expresión, o incluso ciertos derechos laborales–, dadas las limitaciones de espacio y su diversidad, únicamente se va a hacer hincapié en las restricciones más relevantes.

### **2.1.El confinamiento y las libertades de circulación y residencia**

El confinamiento domiciliario se decretó por primera vez durante el estado de alarma impuesto en marzo de 2020, recogiendo en el artículo 7 del RD 463/2020. Así, se limitaban las circunstancias por las cuales las personas podrían circular por la vía pública –ello siempre de manera individual–, debiéndose permanecer en el domicilio en caso contrario. Como es evidente, esto tuvo un grave impacto sobre el derecho a la libre circulación y, consecuentemente y en segundo lugar, también sobre la libertad de residencia. Los citados derechos se recogen en el artículo 19 de la CE, que establece que *«Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca»*.

Es preciso, por tanto, plantearse si las medidas impuestas han supuesto una verdadera limitación de los derechos o si ello ha ido más allá, suspendiendo así su ejercicio, cuestión fundamental para determinar la constitucionalidad del primer estado de alarma. Parte de la doctrina constitucionalista, «ha sostenido que la situación de prolongado confinamiento supone una suspensión de la libertad de circulación y residencia y no una simple limitación de su ejercicio»<sup>16</sup>, alegándose también que «lo que se regula en el mismo [artículo 7 RD 463/2020] son las excepciones a una implícita suspensión general del derecho fundamental a la libre circulación de las personas por el territorio nacional, proclamado en el artículo 19 de la Constitución, en la medida en que establece que solo podrán circular por las vías de uso público las personas que realicen algunas de las actividades que taxativamente se establecen en el precepto, de lo que se

---

<sup>16</sup> Carrillo i Lopez, M., “Los derechos en tiempo de pandemia”, *Al revés y al derecho*, 17 de mayo de 2020 (disponible en <http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5800>; última consulta 6/11/2020).

sigue que las personas que no se hallen en alguno de los supuestos contemplados, simple y llanamente, no pueden salir de casa»<sup>17</sup>. Así, se ha llegado a cuestionar si el estado de alarma es la herramienta adecuada para la imposición de esta medida pues, como recoge el artículo 55.1 de la CE y ya se ha mencionado, la suspensión de estos derechos únicamente podrá llevarse a cabo a través de un estado de sitio o de excepción, nunca de Alarma.

La propia exposición de motivos del RD 463/2020 hace alusión a esta cuestión precisando que *«las medidas que se contienen en el presente real decreto son las imprescindibles para hacer frente a la situación, resultan proporcionadas a la extrema gravedad de la misma y no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental, tal y como prevé el artículo 55 de la Constitución»*, si bien, como se ha podido entrever, la doctrina se encuentra fraccionada al respecto. Incluso dentro del TC, al plantearse por primera vez la constitucionalidad de este texto a propósito de las prohibiciones al ejercicio del derecho de manifestación en Galicia, fue necesario el voto de calidad del Presidente en el Auto núm. 40/2020, de 30 de abril. Así, se inadmitió el recurso interpuesto y *«al no plantearse una autocuestión de inconstitucionalidad del RD 463/2020 -art. 55.2 LOTC-, lo que se puede descartar es que el recurso de amparo debiera ser estimado porque la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas»*<sup>18</sup>. Así, si bien el propio TC ha evitado pronunciarse directamente sobre la cuestión en este caso, sigue pendiente su pronunciamiento a raíz de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por diversos grupos parlamentarios, Recurso de inconstitucionalidad n.º 2054-2020, admitida a trámite el pasado 6 de mayo.

A mi juicio, resulta evidente que las medidas de confinamiento general impuestas durante el 2020, tanto por su gravedad como por su prolongación en el tiempo, han supuesto una clarísima suspensión del derecho a la libre circulación, lo cual puede o no encajar dentro de las herramientas para la restricción de derechos consagradas en el estado de alarma. Con independencia de ello, no obstante, podría verse cierta analogía con la

---

<sup>17</sup> Vives de la Cortada, J. “El TC se pronuncia sobre el estado de alarma ¿Es el adecuado para suspender derechos fundamentales y libertades públicas?”, *ELDERECHO.COM*, 12 de mayo de 2020 (disponible en <https://elderecho.com/tc-se-pronuncia-estado-alarma>; última consulta 5/11/2020).

<sup>18</sup> Rodríguez Ramos, “Derechos fundamentales y Estado de Alarma. ATC de 30 de abril de 2020: el derecho fundamental de manifestación no estaría suspendido, siendo proporcional su limitación mediante la prohibición de una manifestación. Proyecciones sobre la libertad de circulación y el derecho de reunión”, *R-RADAR PENAL & COMPLIANCE*, 30 de abril de 2020 (disponible en <https://www.rodriquezramos.es/2020/04/30/atc30420/>; última consulta 4/11/2020).

privación de libertad en el caso de los presos, la cual se entiende como una limitación y no una suspensión en la medida en que resulta necesaria para el cumplimiento de la pena. Así, paralelamente, y más allá de mi posicionamiento personal en cuanto a este tema se refiere, es innegable que el confinamiento total fue una medida eficaz para solventar la grave crisis sanitaria que acontecía nuestro país, a pesar de la gravedad de la misma e impacto sobre la economía y los derechos.

Son estos dos últimos motivos los que han llevado a los gobernantes a descartar un nuevo confinamiento total<sup>19</sup>, decantándose ahora por el empleo del toque de queda y el cierre de la hostelería, al igual que habían hecho otros países antes que nosotros. Así, el RD 926/2020 establece, en su artículo 5, la limitación a la circulación de las personas en horario nocturno, instaurando un confinamiento parcial. De manera similar al confinamiento total, se limita la circulación, pero únicamente dentro de unas determinadas franjas horarias. De este modo, cabe afirmar que la intensidad de la medida es la adecuada, suponiendo así una verdadera limitación del derecho y no una suspensión del mismo y, por ende, siendo la adecuada dentro del marco del estado de alarma.

## **2.2.Las restricciones a la libertad religiosa y de culto**

Cabe citar también a otras limitaciones impuestas tales como el cierre de lugares de culto, la suspensión de las celebraciones de Semana Santa y el Ramadán en el 2020, la limitación del aforo en celebraciones religiosas e incluso la imposibilidad o imposición de limitaciones en la celebración de ceremonias para los difuntos por el virus. Así, se ha afectado fundamentalmente al derecho a la libertad religiosa y de culto, recogido en el artículo 16.1 de nuestra Constitución. Tal y como afirma la doctrina, este derecho consta de dos vertientes, una interna, que «garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias, [...] [y] una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985, de 13 de febrero, FJ 2; 120/1990, de 27 de junio, FJ 10, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 8)»<sup>20</sup>. Además, esta última vertiente se «traduce en la posibilidad de ejercicio,

---

<sup>19</sup> Vid. en relación con los efectos económicos de un nuevo confinamiento total, Gómez Bengoechea, G., “¿Quién puede permitirse una nueva cuarentena?”, *El Economista*, 16 de diciembre de 2020.

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 177/1996, de 11 de noviembre [versión electrónica – base de datos Tribunal Constitucional. Ref. ECLI:ES:TC:1996:177], FJ 9.

inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso»<sup>21</sup>.

En cuanto a la limitación en el reconocimiento de este derecho, la legislación, concretamente la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, en sus artículos 3.1 y 3.2, establece como límites «*la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática*». Por su parte, la doctrina destaca que «las limitaciones a la libertad religiosa tan sólo pueden imponerse legítimamente sobre su dimensión externa “agere licere” que faculta a los ciudadanos para actuar conforme a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros” (STC 159/1986)»<sup>22</sup>.

Parece, pues, que las limitaciones aplicadas durante el primer estado de alarma sobre este derecho –plasmadas en el artículo 11 del RD 463/2020, que condicionaba la asistencia a los actos religiosos a «*la adopción de medidas organizativas consistentes en evitar aglomeraciones de personas, en función de las dimensiones y características de los lugares, de tal manera que se garantice a los asistentes la posibilidad de respetar la distancia entre ellos de, al menos, un metro*»– se circunscriben a lo dispuesto en la propia Ley. Así, es sustancial reconocer que se cumple con los requisitos y garantías para la limitación del derecho, el cual, claramente, «no está suspendido, sólo está limitado, al condicionar su ejercicio a la adopción de una determinada condición»<sup>23</sup>.

### **2.3.El derecho a la propia imagen y el uso de la mascarilla**

El derecho a la propia imagen, consagrado en el artículo 18.1 de la CE, «atribuye a su titular un derecho a determinar sus rasgos físicos personales y característicos»<sup>24</sup>. Es más, no solo salvaguarda «la libre configuración del aspecto físico de los ciudadanos»<sup>25</sup>,

---

<sup>21</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 46/2001, de 15 de febrero [versión electrónica – base de datos Tribunal Constitucional. Ref. ECLI:ES:TC:2001:46], FJ 4.

<sup>22</sup> García García, R. “Libertad religiosa en tiempo de coronavirus”, *Blog Facultad de Derecho. UAM*, 18 de junio de 2020 (disponible en <https://www.blog.fder.uam.es/2020/06/18/libertad-religiosa-en-tiempo-de-coronavirus/>; última consulta 25/10/2020).

<sup>23</sup> Soler Martínez, J.A., “Estado de alarma y libertad religiosa y de culto”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 53, 2020, p.38.

<sup>24</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 929/2007, de 17 de septiembre [versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ECLI:ES:TS:2007:5818], FJ 3.

<sup>25</sup> Cuerda Riezu, A.R., “El velo islámico y el derecho a la propia imagen”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, n. 11, 2008, p. 249.

sino que también abarca el derecho a decidir sobre su uso y difusión. Así, cualquier imposición o limitación hacia el individuo sobre su aspecto físico (incluyendo, entre otros, vestimenta, accesorios o maquillaje) supone una injerencia y limitación de aquel.

El estado de pandemia ha dado lugar a la limitación de numerosos derechos fundamentales y, en atención a lo cual, jurisprudencia y comentarios doctrinales al respecto. Sin embargo, llama la atención que la limitación de este derecho ha pasado relativamente desapercibida, cuando otras limitaciones a la propia imagen han tenido un tan marcado carácter mediático en el pasado. Y ello, indudablemente, se corresponde con que la justificación, en este caso, es bien distinta a las empleadas históricamente: las relaciones laborales en supuestos de limitación a varones para llevar barba o el pelo largo<sup>26</sup>, y la seguridad o la igualdad de género en la prohibición del uso del *niqab*<sup>27</sup>. El uso de mascarillas se justifica en la protección de un bien jurídico superior como es la salud, una medida constitucional y legítima. Sin embargo, no se puede negar que resulta especialmente lesiva, siendo su consecuencia principal el cubrir gran parte del rostro, uno de los rasgos más identificativos del ser humano y que obliga, por ello, a ser especialmente cuidadoso al respecto.

En la actualidad, el principal problema deriva de la obligatoriedad en el uso de mascarillas impuesta por las Comunidades Autónomas. Ello por los dos motivos anteriormente expuestos: (i) la limitación de un derecho fundamental, y (ii) la competencia de dichas Administraciones para la creación de este tipo de obligaciones. La cuestión reside en si las normas autonómicas dictadas durante el verano de 2020 tenían verdadera competencia para imponer tal limitación o si, en cambio, debieran haber sido las Cortes Generales las que lo hiciesen; «así las dudas sobre la obligatoriedad de las mascarillas no afectan tanto a la forma como al fondo»<sup>28</sup>. Ello, a su vez, vuelve a llevarnos a debates similares como el del *niqab* o el *topless* en la piscina, que han sido reguladas a través de normativa autonómica en el pasado. No obstante, como ya se ha visto, existen

---

<sup>26</sup> En este sentido, recordemos las SSTC núm. 170/1987, de 30 de octubre y núm. 120/1996, de 8 de julio, sobre el derecho a la propia imagen. La primera sobre un barman de hotel al que se le obliga afeitarse para ir a trabajar, por considerarse que da mejor imagen al negocio. Dicha limitación fue considerada legítima como parte de la relación laboral y por ser costumbre en el sector de la hostelería. Por su parte, la segunda sentencia trata el caso de un policía municipal al que se le prohíbe llevar el pelo largo, incluso recogido en una coleta, si bien en este caso el Tribunal no entra en el fondo de la cuestión.

<sup>27</sup> *Vid.*, en especial, Perolini, M., “¿La mascarilla que se utiliza para luchar contra la COVID-19 es realmente tan diferente del niqab?”, *Amnistía Internacional*, 26 de mayo de 2020.

<sup>28</sup> Villagómez Cebrián, A., “Mascarillas y ley”, *El Correo Gallego*, 25 de julio de 2020 (disponible en <https://www.elcorreogallego.es/opinion/firmas/mascarillas-y-ley-KY4054149>; última consulta 7/11/2020).

sectores doctrinales que opinan que no cabe que sean las Comunidades las que establezcan este tipo de cuestiones limitadoras de derechos fundamentales, debiendo ser la Cortes Generales quienes fijen las condiciones para ello. Se entiende desde estas posturas que en estos casos «nos encontramos, por tanto, ante una violación de garantías jurídicas formales básicas del Estado de Derecho: la reserva de ley. Es una aberración limitar derechos mediante disposiciones reglamentarias»<sup>29</sup>. En cambio, la postura contraria alega que la protección de la salud, como competencia autonómica, es justificación suficiente para las mismas.

Con independencia de todo lo anterior, este debate se encuentra cerrado en la actualidad, dado que la medida impuesta ha sido integrada dentro de normativa de carácter estatal, haciendo irrelevante la obligación de carácter autonómico mas que para la resolución de las posibles multas que se hubieran dictado durante la vigencia temporal de la norma.

---

<sup>29</sup> Tajadura Tejada, J., “Uso de mascarilla y “reserva de ley””, *Diario del Derecho*, 22 de julio de 2020 (disponible en [https://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1200852](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1200852); última consulta 7/11/2020).

## **CAPÍTULO II. LA PROBLEMÁTICA DE LA VACUNACIÓN OBLIGATORIA. COLISIÓN CON EL DERECHO A LA INTEGRIDAD FÍSICA**

En segunda instancia, se considera de necesidad, dada su actualidad, hacer referencia al debate y dubitación en torno a la obligatoriedad de la vacunación contra el virus. En la actualidad, el gobierno español ha optado por establecer una estrategia de vacunación voluntaria, haciendo eco de las recomendaciones realizadas por parte de la comunidad sanitaria y manteniendo el modelo de vacunación hasta ahora implementado en nuestro país. No obstante lo anterior, es preciso plantearse si cabría una imposición de la vacunación de forma obligatoria a la población, así como las situaciones en las que ello sería posible y las garantías que habrían de ofrecerse, habida cuenta que supondría una clara colisión con el derecho a la integridad física.

### **1. LA OBLIGATORIEDAD DE LA VACUNA CONTRA LA COVID-19**

La vacuna de la COVID-19 ha sido la de más rápido desarrollo en la historia de la humanidad<sup>30</sup>, lo cual suscita gran controversia entre la población. Si bien a día de hoy casi todos los españoles están dispuestos a vacunarse<sup>31</sup>, siguen existiendo sectores contrarios a la inmunización, especialmente a determinadas vacunas como la desarrollada por AstraZeneca. Entre los opositores, encontramos sectores conspiracionistas hacia la enfermedad, las posturas antivacunación tradicionales, escépticos al virus y otros que alegan desconfianza hacia la técnica de elaboración de la vacuna y las reacciones adversas que han sufrido algunos de los que ya se han inoculado. Así, a pesar de que la vacunación ha demostrado ser la técnica más eficaz para la prevención y erradicación de enfermedades, muchos aún se niegan a administrársela, incluso después de haber visto los primeros resultados positivos. Por ello, resulta preciso determinar si el Estado tiene o no potestad para imponer una vacunación obligatoria y generalizada a la población española, ello ante la aparente e inminente realidad de que muchos se nieguen a administrársela.

---

<sup>30</sup> Hasta el momento, el primer puesto en rapidez lo ocupaba la vacuna contra el ébola, cuyo desarrollo duró cinco años. Esta, según el Comité Asesor de Vacunas de la Asociación Española de Pediatría, cuenta con una eficacia del 97,5%, protegiendo al 100% en casos de ébola vacunados 10 o más días antes del comienzo de la enfermedad. En cambio, la vacuna contra la COVID-19 se ha desarrollado en apenas unos meses, sin que existan aún datos sobre su eficacia a nivel global.

<sup>31</sup> Según datos del CIS, el pasado marzo el 82,5% de la población afirmaba estar dispuesta a vacunarse, frente al 40% de octubre.

Desde siempre, la vacunación ha sido una cuestión controvertida, ya que conlleva la colisión de los derechos a la integridad física, a la libertad y a la intimidad personal con la salud pública<sup>32</sup>. Con todo, «las normas que regulan las vacunas en nuestro sistema jurídico, pese a reconocer su especial relevancia en el campo de la salud pública y de la prevención de enfermedades individuales y colectivas (epidemias), no incorporan una cláusula jurídica de obligatoriedad»<sup>33</sup>. Así, el Ordenamiento Jurídico prima la autonomía de la voluntad del paciente frente a la salud pública, ello desembocando, no en pocas ocasiones, en problemáticas tales como si cabe la vacunación de un menor frente a la oposición de sus padres o qué hacer en caso de epidemia.

En lo que respecta a los menores, el artículo 9.6 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica ofrece una solución general que, aunque no exenta de debate, permite la intervención tanto de las autoridades judiciales como de los propios profesionales ante la negativa de los padres a cualquier tratamiento beneficioso para su hijo. «Así pues, puede perfectamente afirmarse que tras la aprobación de la nueva redacción del artículo 9.6 la vacunación de los menores puede adoptarse aun contando con la oposición de los padres»<sup>34</sup>.

Más allá de estos conflictos habituales, la situación de pandemia en la que hoy vivimos nos obliga a dilucidar si, a pesar de que no exista obligación de vacunación actualmente en España, es posible instaurarla. La respuesta es sí; existe dicha posibilidad, aunque para situaciones muy determinadas –fundamentalmente epidemias–. Podemos encontrar casos paradigmáticos donde han sido los tribunales quienes, a solicitud de los distintos gobiernos autonómicos, han instaurado dicha obligación en el pasado. A este respecto, cabe mencionar el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 5 de Granada, de 24 de noviembre de 2010, que resuelve a favor de vacunar a menores frente a la oposición de sus padres ante una epidemia de sarampión en el centro escolar, entendiendo que «la medida [...] persigue un fin constitucionalmente legítimo; que su

---

<sup>32</sup> En relación a esta última, la vacunación conlleva el denominado «efecto rebaño» (*herd immunity*), que implica la reducción de la probabilidad de contagio de un individuo debido a la inmunidad colectiva.

<sup>33</sup> De Montalvo Jääskeläinen, F., “El paradigma de la autonomía en salud pública ¿una contradicción o un fracaso anticipado?: El caso concreto de la política de vacunación”, *DS: Derecho y Salud*, vol. 24, n. extra 1, 2014, p. 21.

<sup>34</sup> Comité de Bioética de España, “Cuestiones ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario”, 19 de enero de 2016, p. 24 (disponible en: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/cuestiones-etico-legales-rechazo-vacunas-propuestas-debate-necesario.pdf>; última consulta 27/01/2021).

adopción se encuentra amparada por una norma de rango legal; y que existe proporcionalidad»<sup>35</sup>.

En este sentido, encontramos también cuantiosa jurisprudencia reciente relacionada con la vacunación frente a la COVID-19. Podemos citar, entre otros, el Auto del Juzgado de Primera Instancia n.6 de Santiago de Compostela núm. 60/2021, de 20 de enero, que obliga a la vacunación de un anciano incapacitado frente a su propia oposición, pero con el consentimiento de su tutor legal; o el Auto del Juzgado de Primera Instancia n. 17 de Sevilla núm. 47/2021, de 15 de enero, que autoriza la vacunación de una anciana incapacitada, a pesar de la oposición de su hija. Así, la obligatoriedad en estos casos se ha basado la búsqueda del mejor interés para la persona que recibe la vacuna, ya que «vacunarse y no hacerlo conllevan un riesgo que forzosamente ha de asumirse pues no caben opciones intermedias. En tal tesitura, la cuestión se reduce a una pura ponderación de cuál sea el riesgo mayor»<sup>36</sup>.

Es posible afirmar, por tanto, que encontramos en nuestra legislación preceptos en los que amparar la instauración de dicho deber de vacunación –tanto a una pluralidad de sujetos indeterminados, como a sujetos concretos–, si bien «este régimen jurídico que tutela la salud colectiva y que permitiría adoptar una medida de vacunación forzosa es excesivamente disperso. Se trata de un grupo [de normas] muy diseminado y, a la vez, muy heterogéneo»<sup>37</sup>. De esta manera, la fundamentación jurídica que sirve como base para la medida se encontraría, principalmente, en la LOAES<sup>38</sup>, aplicable en caso de haberse declarado el estado de alarma; y en la LGSP, en relación con la LOMEMSP<sup>39</sup>,

---

<sup>35</sup> Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.5 de Granada núm. 362/10, de 24 de noviembre [versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ECLI:ES:JCA:2010:3A], FJ 4.

<sup>36</sup> Auto del Juzgado de Instrucción n.2 de Santiago de Compostela, de 9 de enero de 2021 [versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ECLI:ES:JI:2021:4A], FJ 2.

<sup>37</sup> De Montalvo Jääskeläinen, F. (2014), *Op. cit.* p.25.

<sup>38</sup> A tenor de esta, en caso de «crisis sanitarias, tales como las epidemias», y declarado el estado de alarma, su artículo 12.1 dispone que «la Autoridad competente podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas».

<sup>39</sup> Esta, por su parte, en sus artículos 2 y 3 respectivamente, dispone que: «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» y que «con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible».

debiendo en este caso fundarse las medidas en razones sanitarias de urgencia y necesidad. Sendas normas establecen la posibilidad de imponer medidas sanitarias de este tipo en situaciones tan extraordinarias como la actual. A su vez, gran parte de la crítica que recibe este paraguas normativo viene de la mano de su inconcreción y generalidad, si bien ello, tal y como apunta gran parte de la doctrina constitucional, «tampoco es excusa para considerar que no existe cobertura normativa»<sup>40</sup>.

De lo anterior se concluye la posibilidad de instaurar la obligatoriedad de la vacuna para la COVID-19, pues, con independencia de la declaración de un estado de alarma, «la Ley Orgánica 3/1986 da suficiente cobertura para ir más allá de simples recomendaciones de la salud pública [...], al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro»<sup>41</sup>.

Con todo, si bien a día de hoy el Gobierno ha declarado la voluntariedad de la vacuna<sup>42</sup>, ello no obsta para que en un futuro, de no mejorar la situación, se pueda establecer una medida distinta. En dicho caso, la norma que recogiese tal obligación precisaría puntualizar los colectivos que se verían afectados: si la totalidad de la población, únicamente personas que carezcan de anticuerpos, sectores de mayor riesgo como ancianos y sanitarios, etc. Todo ello con la finalidad de guardar el principio de proporcionalidad y respetar al máximo los derechos fundamentales, dado que la medida supone prácticamente una suspensión del derecho a la integridad física, a pesar de que la vacunación pueda considerarse una intromisión corporal leve<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> Tolosa Tribiño, C., “Problemas legales de la vacunación en España”, *Diario La Ley, Sección Tribuna*, 22 de enero de 2021.

<sup>41</sup> Barceló Doménech, J., “Régimen jurídico de las vacunas en España: reflexiones ante la situación creada por el coronavirus”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, n. extra 2, 2, 2020, p. 123 (disponible en [http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/05/12\\_Javier\\_Barceló\\_pp.\\_118-125.pdf](http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/05/12_Javier_Barceló_pp._118-125.pdf); última consulta 6/11/2020).

<sup>42</sup> Lo cual parece lógico teniéndose en cuenta la insuficiencia de dosis para vacunar a la totalidad de la población española. Ello, no obstante, parece una medida ineficaz, puesto que puede no crearse inmunidad de grupo si se deja esta decisión en manos de la ciudadanía.

<sup>43</sup> Recuérdese que el derecho a la integridad física plasmado en el artículo 15 de la CE supone la inviolabilidad de la persona contra toda clase de intervención para la que no haya prestado su consentimiento. Así, se ha de distinguir entre intromisiones leves, como podría ser la vacunación, y las graves, que bajo ningún concepto pueden quedar justificadas. Existen preceptos legales sobre los que amparar la obligatoriedad de la vacunación por la pandemia global, si bien habrían de cumplirse una serie de requisitos como el test de proporcionalidad, donde cobraría especial interés la cuestión relativa a las posibles secuelas que la vacuna pueda causar en el organismo.

## 2. MÉTODOS DE OBLIGATORIEDAD INDIRECTA DE VACUNACIÓN

Así las cosas, parece claro que, al menos de momento, el Gobierno de la nación, bien pudiendo establecer la obligatoriedad de la vacuna, no tiene intención de hacerlo. Ello no obsta, sin embargo, para que se puedan imponer medidas de índole distinta a fin de motivar a la población a la vacunación. En este sentido, podría resultar de aplicación la teoría del empujoncito o *nudge theory*, elaborada por Sustain y Thaler, y que ha sido el punto de partida en la creación de diversas campañas de política pública<sup>44</sup>. Según esta teoría económica-conductual, el objetivo es incentivar sin obligar, ello a través de *nudges*, es decir, introduciendo medidas que, sin alterar los incentivos económicos, modifiquen el comportamiento de los ciudadanos. En especial, se entiende que en el ámbito de la salud estos cobran un singular interés, máxime porque «las decisiones sobre la salud son más complejas y emocionales que las que se adoptan en otros campos, por lo que un incentivo que ofrezca mayor racionalidad a la decisión puede considerarse adecuado»<sup>45</sup>.

Incardinadas dentro de esta teoría, podemos identificar diversas ideas que hoy se encuentran en el debate público como posibles medidas en contraposición a la imposición de una vacunación obligatoria. Debido a las limitaciones, únicamente se van a tratar dos de ellas: la sanción de la no vacunación, y los certificados de inmunidad. Si bien se considera preferible la utilización de este tipo de políticas, es cierto que en ocasiones se ha demostrado su infructuosidad para la consecución de los objetivos propuestos<sup>46</sup>, por lo que su implementación no excluye precisamente la obligatoriedad de las vacunas en un futuro.

---

<sup>44</sup> A modo de ejemplo, encontramos diversas medidas de *nudging* en relación con temas como la alimentación saludable, el tabaquismo y la seguridad vial. Entre otros, podemos nombrar el aumento del IVA sobre las bebidas azucaradas envasadas que tuvo lugar el pasado 2020, las imágenes insertadas en las cajetillas de tabaco y las campañas de sensibilización con relación a la conducción temeraria y bajo los efectos del alcohol y estupefacientes. En este sentido, *vid.* García Arteagoitia, S., “El Éxito y el Potencial del Nudge en las Políticas Públicas”, *Pertsonak eta Antolakunde Publikoak Kudeatzeko Euskal Aldizkaria*, n. 3, 2019, pp. 140-155.

<sup>45</sup> De Montalvo Jääskeläinen, F., “La lucha jurídica contra las enfermedades no transmisibles vinculadas a la alimentación”, en Salameo Teixidó, L. (Dir.), *Manual básico de Derecho alimentario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 160.

<sup>46</sup> *Vid.* Pinilla, J., “¿Cómo legislar para promover la salud pública? Los casos del tabaco y los accidentes de tráfico”, *El Observatorio Social. Fundación La Caixa*, octubre de 2017, donde se detalla la mayor eficacia de las políticas legislativas en la reducción del número de fumadores y accidentes de tráfico en comparación con el uso de *nudges*. Asimismo, *vid.* Hume, S., y otros, “Nudge in the time of coronavirus: Compliance to behavioural messages during crisis”, *SSRN*, 27 de noviembre de 2020, que versa sobre la falta de eficacia de los métodos de *nudging* tradicional en el contexto de pandemia actual.

En sentido contrario, *vid. ibid.*, p. 163 donde se menciona el aumento en la tasa de vacunación infantil en Australia a través de la implementación de este tipo de incentivos en las políticas públicas.

## 2.1 La sanción como incentivo negativo a la vacunación

Como ejemplo paradigmático de la materialización de la idea de sancionar como forma de obligar indirectamente a la vacunación encontramos el caso de la Xunta de Galicia. La aprobación de la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, entre otras cosas, introduce el artículo 41 bis, por el que se considera falta leve sancionable con hasta 3.000 euros de multa la *«negativa injustificada a someterse a medidas de prevención consistentes en la vacunación o inmunización prescritas por las autoridades sanitarias»*, ello al igual que ocurre con otras infracciones como el no uso de mascarilla o la participación en reuniones o fiestas *«contrarias a las medidas sanitarias de prevención»*. Se trata, pues, de una concreción plena de la teoría de los incentivos, en tanto que, sin ser una medida coercitiva, se incentiva a la población a través de una multa pecuniaria en caso de no vacunarse (y haber sido esto declarado obligatorio).

El debate que gira en torno a esta cuestión radica, una vez más, en la competencia de la Xunta para implementar esta medida. Tal y como se ha expuesto con anterioridad, la doctrina se halla dividida en cuanto a si las Comunidades Autónomas gozan de competencia para la limitación de derechos fundamentales con base en la normativa existente o si, en cambio, resulta necesaria una nueva disposición normativa que concrete su marco de actuación. A este respecto, llama la atención la Exposición de Motivos de la citada Ley, que hace un recorrido por la normativa existente –concretamente las LOMEMSP, las disposiciones contenidas en la CE y el actual RD de estado de alarma–, para concluir que *«las medidas para hacer frente a los riesgos para la salud pública derivados de las crisis sanitarias no encuentran su fundamento normativo, con carácter exclusivo, en el Derecho de Excepción derivado de la declaración de un Estado de Alarma»*, sino que, dada la competencia autonómica en materia de salud pública, un *«bien constitucionalmente protegido y cuya tutela, impuesta por el art. 43 CE, puede justificar el establecimiento de límites al ejercicio de los derechos y libertades, teniendo en cuenta, además, la íntima conexión de dicho mandato [...] con el derecho a la vida y a la integridad física del art. 15 CE»*.

En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, afirmando que *«los artículos 41 bis a 44 bis de la Ley autonómica en el marco de la legislación estatal [...] no parecen contrarios al orden constitucional, teniendo en cuenta que la Comunidad Autónoma de Galicia ostenta en todo caso la potestad de adoptar, con fundamento directo*

en la Ley Orgánica 3/1986, medidas limitativas de derechos fundamentales y libertades públicas ante situaciones de grave riesgo para la salud pública, así como la obligación de velar por el cumplimiento de las medidas de tal naturaleza adoptadas por el Estado con incidencia dentro del territorio autonómico»<sup>47</sup>.

A mi juicio, el razonamiento resulta claro. Recordando lo ya expuesto, son las propias Comunidades las que ostentan competencia en materia de salud pública, no solo como garantes del derecho, sino como prestadoras del servicio. Resulta, además, innecesaria la promulgación de una ley *ad hoc* de habilitación de competencia, pues para ello encontramos la habilitación general recogida en la LOMEMSP. Por tanto, teniendo las Comunidades la obligación de prestar este tipo de servicios y derechos, ¿cómo no van a tener potestades sobre estos? Ello, a su vez, se completa con la precisión de que una multa no supone una verdadera limitación del derecho, sino un «empujoncito» hacia la vacunación.

## **2.2 El certificado de inmunidad como incentivo positivo**

Desde el comienzo de la pandemia, una de las principales medidas que se han planteado a fin de reactivar la economía es la creación de un certificado de inmunidad o pasaporte de vacunación, el cual permitiría que aquellas personas que posean anticuerpos frente al virus puedan quedar sometidas a restricciones más laxas. El debate en torno a esta medida ha surgido, especialmente, en el ámbito laboral, donde se planteaba la creación de dichos certificados para que los trabajadores pudiesen volver a la presencialidad. Así, finalmente se concibió como una medida que acarrearía grandes problemáticas, especialmente porque «la discriminación mediante un certificado de inmunidad de la COVID-19 podría conducir a un estigma contra las personas no inmunes que serían calificadas como “no-empleables”. [...] Las personas también podrían tratar de infectarse deliberadamente o falsificar certificados para volver a trabajar»<sup>48</sup>.

En la actualidad, los avances en el proceso de vacunación han reabierto este debate. Así, si bien antes se entendía que la creación de este «se encuentra con varias objeciones desde una perspectiva ética, en el sentido de que podría no satisfacer, entre otros, el principio de justicia. [...] [Y] podría también no respetar los principios de

---

<sup>47</sup> Dictamen núm. 213/2021, de 22 de marzo de 2021, del Consejo de Estado.

<sup>48</sup> Naniche, D., “¿Es el pasaporte de inmunidad una opción adecuada para la estrategia de desconfinamiento?”, *IS Global*, 7 de mayo de 2020 (disponible en <https://www.isglobal.org/-/es-el-pasaporte-de-inmunidad-una-opcion-adecuada-para-la-estrategia-de-desconfinamiento->; última consulta 31/01/2021).

responsabilidad y de no maleficencia»<sup>49</sup>, la posibilidad de que la totalidad de la población tenga acceso a la vacuna implica que dicho certificado ya no sea injusto ni genere un trato desigual. De esta manera, se convierte en un incentivo positivo a la vacunación, en tanto que empuja a la población a ello sin suponer una obligación.

Al igual que en Israel, donde el llamado «Pasaporte Verde» lleva funcionando desde febrero, la Unión Europea se plantea su aplicación, si bien dejando un margen de apreciación a cada Estado para que ponga las limitaciones que considere oportunas. Ello habida cuenta de que no existe un consenso dentro de los países miembros. Entre sus defensores, se alega su implementación, no como requisito indispensable para el acceso a ciertos servicios, sino como alternativa a otras medidas como puede ser las pruebas PCR a la hora de viajar a otros Estados o las cuarentenas. De esta manera, no supondría una medida discriminatoria ni injusta, sino una alternativa más cómoda para aquellos que quisiesen vacunarse. En cambio, entre los que se oponen a su creación, se enfatiza la colisión de este con el derecho a la privacidad individual, así como las posibles situaciones discriminatorias en los sujetos que no puedan vacunarse –como es el caso, por ejemplo, de las embarazadas o los menores de edad–.

Por el momento, parece que este «pasaporte de vacunación» presenta demasiados dilemas, a destacar, por ejemplo, que no puede probarse la efectividad de la vacunación frente a la propagación del virus. Así las cosas, son muchos los autores constitucionalistas que se posicionan en su contra, dado que supone una medida injusta para el gran sector de la población que aún no tiene acceso a la vacuna, habida cuenta que el no tenerlo conllevaría la necesidad de realizar una cuarentena en lugar de la entrada directa en el país. No obstante, todo apunta a que el Ejecutivo español pondrá en marcha su versión de este documento este verano, medida que, sin lugar a dudas, no estará exenta de debate<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> De Montalvo Jääskeläinen, F., y De La Torre Díaz, J., “¿Deben ser los certificados de inmunidad la nueva llave del trabajo?”, *Diario Médico*, 27 de mayo de 2020 (disponible en <https://www.diariomedico.com/medicina/medicina-preventiva/opinion/deben-ser-los-certificados-de-inmunidad-la-nueva-llave-del-trabajo.html>; última consulta 31/01/2021).

<sup>50</sup> Recientemente se ha hablado desde el Gobierno de la creación de una versión digital del pasaporte de inmunización que permitirá que todos aquellos que: (i) tengan una PCR negativa, (ii) posean anticuerpos frente al virus, o (iii) hayan sido vacunados, puedan acceder a nuestro país sin necesidad de guardar cuarentena.

### 3. VACUNACIÓN Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

La posible responsabilidad patrimonial del Estado español derivada de los daños ocasionados por la COVID-19 ha sido un tema ampliamente debatido por la doctrina<sup>51</sup>. Dada la amplitud de esta temática y las limitaciones de espacio, este trabajo únicamente va a analizar –y de manera sucinta– la posible responsabilidad patrimonial del Estado español derivada de las cuestiones relativas a la vacunación, concretamente dos: los daños ocasionados por los efectos adversos de la vacuna y el retraso en el proceso de vacunación.

El principio de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se recoge en el artículo 106.2 de la CE, desarrollándose, a su vez, en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público que, en su artículo 32.1, señala que *«los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley»*.

Por su parte y como regla general en el ámbito de la vacunación, la más reciente jurisprudencia, plasmada en la STJUE de 21 de junio del 2017 –recurrida y en espera de resolución–, indica que el demandante habrá de probar que existen «indicios sólidos, concretos y concordantes que permiten concluir que la vacuna adolece de un defecto y que existe una relación de causalidad entre dicho defecto y la enfermedad»<sup>52</sup>. No obstante, nada se dice con respecto a la imputación de la responsabilidad, es decir, quién habrá de indemnizar el daño: el Estado a través de cuyas Administraciones se administra la vacuna y que aprueba su utilización, o el laboratorio que la fabrica.

En lo que a la COVID-19 respecta, el artículo 6 del Acuerdo entre la Comisión Europea y los Estados miembros sobre vacunas contra la COVID-19, hecho en Madrid el 20 de julio de 2020, regula el reparto de responsabilidad entre la Comisión y los Estados

---

<sup>51</sup> *Vid.*, por ejemplo, Blanquer Criado, D., “Los daños por la COVID-19 (responsabilidad patrimonial; ordenación y privación de derechos)”, en Blanquer Criado, D. (coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 399-502; o De Prada Rodríguez-Carrascal, M. “Responsabilidad patrimonial del Estado por el Covid-19”, *Consejo General de la Abogacía Española*, 16 de diciembre de 2020.

<sup>52</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, asunto C-621/15, de 21 de junio de 2017, [versión electrónica – InfoCuria ECLI:EU:C:2017:484], párrafo 18.

Miembros ante los posibles efectos adversos de la vacuna frente a la enfermedad, sin entrar, no obstante, a determinar el alcance de la responsabilidad para las farmacéuticas. En este sentido, cabe precisar que se entiende por la mayor parte de la doctrina que «la responsabilidad sigue siendo de las empresas, si bien los estados miembros están dispuestos a cubrir financieramente las indemnizaciones que pudieran declararse procedentes, que tengan que afrontar los fabricantes en condiciones específicas y estrictas»<sup>53</sup>.

No obstante, el alcance de dicha responsabilidad por parte del Estado español sigue siendo una cuestión tremendamente controvertida a día de hoy, es más, sigue pendiente de resolución ante el TS. En ese sentido, queda por determinar «si la Administración sanitaria que realiza correcta y adecuadamente un acto sanitario debe responder de las lesiones causadas a un paciente como consecuencia de la utilización de un producto sanitario defectuoso, cuya toxicidad se descubre y alerta con posterioridad a su utilización previamente autorizada por la Administración competente (Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios) o si por el contrario, la responsabilidad deber recaer en el productor o, en su caso, en la Administración con competencias para autorizar y vigilar los medicamentos y productos sanitarios»<sup>54</sup>.

Así pues, este asunto está sin resolver, pero hay pocos indicios que apunten a que el Estado español, bien por su propia imputación de responsabilidad, bien cubriendo a los laboratorios, quedará exonerado de hacer frente al pago de las indemnizaciones por los daños causados derivados de la vacuna. Tal es la probabilidad de que se formulen un altísimo número de demandas en los próximos meses que algunos autores abogan por la creación de un sistema de fondos estatales de compensación por este tipo de daños con el objeto de facilitar «la percepción de la indemnización a los afectados, evitando la judicialización de las reclamaciones»<sup>55</sup>.

Por otro lado, en lo que respecta a los daños generados por el retraso en la vacunación, es decir, por la propagación de la pandemia como consecuencia de la ausencia de aplicación de las medidas necesarias, es llamativa la falta de diligencia del

---

<sup>53</sup> De Lorenzo y Montero, R., “Hacia un sistema de fondos estatales de compensación por daños vacunales, frente a la responsabilidad por efectos adversos de las vacunas del coronavirus”, *Redacción Médica, Opinión*, 9 de febrero de 2021 (disponible en: <https://www.redaccionmedica.com/opinion/ricardo-de-lorenzo/hacia-un-sistema-de-fondos-estatales-de-compensacion-por-danos-vacunales-frente-a-la-responsabilidad-por-efectos-adversos-de-las-vacunas-del-coronavirus-3469>; última consulta 16/04/2021).

<sup>54</sup> Tolosa Trobiño, C., *Op. cit.*

<sup>55</sup> De Lorenzo y Montero, R., *Op. cit.*

Ejecutivo en la puesta en práctica del plan de vacunación. Esta actuación que «parece denotar evidentes fallos organizativos, de previsión y de colaboración»<sup>56</sup> es la que lleva a no pocos autores a insistir la inaplicación de la cláusula de fuerza mayor para confirmar la posibilidad de reclamar al Estado por los daños sufridos.

Se pueden traer a colación, entre otras, la STS 1271/2020, de 8 de octubre, que en relación con la falta del material de protección suficiente y necesario para hacer frente a la pandemia entiende que «la insuficiencia, falta de eficiencia o pasividad de la Administración [...] se ha traducido en lesión de un derecho fundamental»<sup>57</sup>, o la STS de 25 de junio de 2010, que, aplicando la doctrina de la «pérdida de oportunidad»<sup>58</sup>, estima la responsabilidad patrimonial del Estado sobre los daños ocasionados por la ausencia de una vacunación adecuada y efectiva frente a la meningitis.

Con todo, no cabe duda de que el Estado es responsable de garantizar la correcta y tempestiva administración de una vacuna que sea segura y efectiva frente al virus, pudiendo derivar, de lo contrario, en los consiguientes resarcimientos de los daños y perjuicios derivados para los particulares en atención a lo dispuesto en nuestra Constitución.

---

<sup>56</sup> Benítez Ostos, A., “El Estado podría incurrir en responsabilidad patrimonial por el retraso en la vacunación”, *LegalToday*, 19 de enero de 2021 (disponible en: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-publico/derecho-administrativo/antonio-benitez-ostos-de-administrativando-el-estado-podria-incurrir-en-responsabilidad-patrimonial-por-el-retraso-en-la-vacunacion-2021-01-19/>; última consulta 16/04/2021).

<sup>57</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, núm. 1271/2020, de 8 de octubre [versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ECLI:ES:TS:2020:3024], FJ 4.

<sup>58</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, núm. de recurso 5927/2007, 25 de junio de 2010 [versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ECLI:ES:TS:2010:3463], FJ 5.

### CAPÍTULO III. EL CONTROL DE LA PANDEMIA: HERRAMIENTAS Y NORMATIVA EMPLEADA

Como tercera y última parte de este trabajo, se considera preciso realizar un análisis del modelo normativo de control de la pandemia por el que ha optado el Estado español, a fin de determinar su adecuación a la situación actual y al Ordenamiento Jurídico, además de su eficacia para solventar la crisis sanitaria. De esta manera, el objetivo fundamental del análisis es revisar las posibles alternativas a nuestro alcance, a fin de determinar cuál resultaría más adecuada dado nuestro sistema de Derecho.

Muchas han sido las normas dictadas durante este último año, a su vez de distinta índole y rango jurídico. Así las cosas, las medidas limitadoras de derechos, como ya se ha visto, se han amparado tanto en la propia normativa de excepción dictada *ex* artículo 116 de la CE, como en otra normativa previa –la ya mencionada LOMEMSP o la LGSP–. Con todo, el Ordenamiento Jurídico español se ha visto desbordado por multitud de normas de rango infralegal, como órdenes ministeriales y reglamentos, así como normativa autonómica de distinto carácter, que ha proliferado a consecuencia de la COVID-19 –casi, incluso, al mismo ritmo que la propia enfermedad–.

#### 1. PANDEMIA Y DERECHO COMPARADO

Parece adecuado comenzar este análisis echando la mirada fuera, es decir, haciendo uso del Derecho Comparado para revisar las herramientas empleadas por los distintos Estados. Este se va a ceñir únicamente a lo ocurrido en países de tradición común y dentro de la Unión Europea, habida cuenta de su estrecha conexión con nuestro sistema normativo.

En líneas generales, tal y como se observa en el informe redactado por el Servicio de Investigación del Parlamento Europeo, puede apreciarse que el grosor de las medidas dictadas por los Estados Miembros son similares entre sí, a pesar de las diferencias entre sus marcos constitucionales<sup>59</sup>. Así, podemos agrupar los modelos en dos: aquellos como Francia, Alemania o Hungría, que contienen provisiones relativas a un Derecho de

---

<sup>59</sup> *Cfr.* Binder et al., “States of emergency in response to the coronavirus crisis: Situation in certain Member States”, *European Parliamentary Research Service*, junio 2020, p. 1. (disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/649408/EPRS\\_BRI\(2020\)649408\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/649408/EPRS_BRI(2020)649408_EN.pdf), última consulta 27/02/2021).

Excepción ante supuestos de graves peligros; y el modelo de Italia o Bélgica, donde se prevé una alteración del equilibrio de poderes ante este tipo de supuestos.

Debido a las limitaciones de espacio, únicamente se profundizará en los dos modelos considerados más representativos: el francés, que ha optado por la creación de una ley *ad hoc*, y el italiano, donde se utiliza la normativa preexistente. Llama la atención, asimismo, el hecho de que España es el único Estado donde, existiendo una normativa de excepción, no se haya optado por elaborar nueva normativa o utilizar la ya existente a fin de evitar mayores perjuicios para los derechos. Ello, una vez más, nos devuelve a la pregunta inicial de si caben alternativas distintas para el control de la pandemia en nuestro país.

### 1.1 El modelo francés y su emergencia sanitaria

De forma similar a la CE, la Constitución Francesa recoge dos estados de excepción: los estados de guerra y de sitio, consagrados en sus artículos 35 y 36. No obstante, el Gobierno francés entendió que la emergencia sanitaria ocasionada con motivo de la pandemia no podía subsumirse en ninguno de los supuestos de hecho, «pero tampoco en su conocido artículo 16, que confiere poderes excepcionales al Presidente de la República para hacer frente a aquellos casos en los que *“las instituciones de la República, la independencia de la nación, la integridad de su territorio o la ejecución de sus compromisos internacionales se encuentran amenazados de forma grave e inmediata y que el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales está interrumpido”*»<sup>60</sup>. De esta manera, y a fin de buscar una solución menos represiva que la brindada por su Constitución, el legislador se vio forzado a buscar una solución *ad hoc*, concretada en el llamado «*état d'urgence sanitaire*» (estado de emergencia sanitaria). Se promulgó así una ley que consistía en una reforma del Código de Salud Pública, introduciendo esta figura para crear un marco legal duradero y adaptado a este tipo de situaciones.

El presupuesto de aplicación del estado de emergencia sanitaria francés es «*una catástrofe sanitaria que ponga en peligro, por su naturaleza y su gravedad, la salud de la población*»<sup>61</sup>, debiendo ser declarado por el Consejo de Ministros y basado en un

---

<sup>60</sup> Santamaría Dacal, A.I., “COVID y Derecho público en Francia: un "estado de urgencia sanitario" bajo control judicial” en Blanquer Criado, D. (coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 186.

<sup>61</sup> Francia. LOI n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

informe del Ministro de Sanidad que incluya una justificación científica para la declaración del mismo. A su vez, será promulgado para un periodo máximo de un mes, prorrogable por el Parlamento.

Por otro lado, el estado de emergencia sanitaria se encuentra doblemente limitado. En primer lugar, las medidas que permite adoptar, y de manera estricta, se concretan en diez<sup>62</sup>. Asimismo, queda circunscrito a un riguroso sistema de control, llevado a cabo a través de la Asamblea Nacional y el Senado francés. En esta línea, y debido a la posibilidad de limitar derechos fundamentales, las decisiones adoptadas son apelables ante los tribunales administrativos del país, siendo ello concreción de la reserva de jurisdicción, concretado en el artículo 38 de la Constitución Francesa.

## **1.2 El modelo italiano y la crítica por la ausencia de control jurisdiccional**

Por su parte, la Constitución Italiana de 1948 no contempla expresamente el Derecho de Excepción como ocurre en el Ordenamiento español, lo cual parece encontrar justificación en evitar una nueva concentración de poderes como la que ocurrió durante la época fascista<sup>63</sup>. No obstante, aparecen tres normas que otorgan poderes al órgano ejecutivo en tiempos como el actual: por un lado, el artículo 78 de la Constitución Italiana, que prevé la declaración del estado de guerra y es claramente inaplicable en este contexto; y por otro lado, los artículos 77 y 120, que permiten al Ejecutivo la adopción de medidas con fuerza de ley a través de Decretos-Ley<sup>64</sup> y la centralización del poder regional de forma temporal, respectivamente.

El 31 de enero de este año, el Consejo de Ministros italiano proclamó un estado de emergencia con una vigencia de seis meses, amparándose en los artículos 77 y 120 de la Constitución Italiana y en el Decreto Legislativo n. 1/2018 (Código de la Protección

---

<sup>62</sup> En este sentido, el artículo L3131-15 del Code de la santé publique francés permite imponer las siguientes: (i) la limitación de circulación de personas o vehículos; (ii) la limitación de la salida del domicilio; (iii) la obligación a la realización de una cuarentena; (iv) la obligación al aislamiento; (v) ordenar el cierre de establecimientos abiertos al público; (vi) la limitación al derecho de reunión; (vii) requisar los bienes y servicios necesarios para luchar contra la emergencia; (viii) la limitación de precios de los productos esenciales; (ix) tomar cualquier medida que permita poner a disposición de los pacientes los medicamentos necesarios para erradicar la catástrofe sanitaria; y (x) imponer cualquier medida limitadora de la libertad de empresa.

<sup>63</sup> *Cfr.* Camoni Rodríguez, D., “Italia ante la Covid-19: el zafarrancho aquel de las fuentes del Derecho”, *Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico*, 22 de junio de 2020 (disponible en <https://www.fundacionmgimenezabad.es/es/italia-ante-la-covid-19-el-zafarrancho-aquel-de-las-fuentes-del-derecho>, última consulta 19/03/2021).

<sup>64</sup> Estos se ven sometidos a un control más estricto que los recogidos en nuestra Constitución para el estado de alarma, pues se exige la convalidación por las Cámaras en un plazo de cinco días desde su adopción.

Civil), concretamente en su artículo 24 –previsto para catástrofes naturales–. Además, el Decreto Ley n. 6/2020, de 23 de febrero, establecía la posibilidad de limitar ciertos derechos fundamentales a fin de controlar la expansión del virus. Todo ello, más tarde se concretaría a través de los Decretos del Presidente del Consejo de Ministros, así como Órdenes ministeriales y los Decretos-Ley pertinentes.

Parece, pues, que el Ordenamiento Jurídico Italiano se encontraba preparado para situaciones de este calibre, pues bastó con el empleo de la normativa preexistente. No obstante, la crítica aparece en torno a la falta de control jurisdiccional sobre la normativa dictada por el Presidente del Consejo de Ministros, en tanto que ni existe deliberación, ni una toma de decisiones colegiada en el seno del Consejo, ni puede someterse al control del Presidente de la República, ni cabe un control por parte del Tribunal Constitucional por carecer la normativa de fuerza de ley<sup>65</sup>. Así, la gran controversia radica en que la principal fuente de limitación de derechos durante la pandemia –se han promulgado hasta 13 decretos de este tipo– carecía de un control efectivo, siendo así criticada por la «ausencia de seguridad jurídica y la sospecha de un abuso de las prerrogativas gubernamentales en detrimento del Parlamento»<sup>66</sup>.

## 2. ESTADO DE ALARMA Y CONSTITUCIONALIDAD

La promulgación del estado de alarma ha suscitado una gran controversia en todos los planos, ello por su duración, su adecuación al supuesto de hecho, la forma de limitación de derechos fundamentales, etc. No obstante, es posible observar grandes diferencias entre el primero –dictado en marzo–, y el segundo –de octubre del año pasado–.

### 2.1. El estado de alarma y el artículo 116 de la CE: cuestiones básicas

Como ya es bien sabido, el artículo 116 de nuestra Constitución permite la promulgación del estado de alarma, entre otros estados de excepcionalidad. Este, a su vez regulado por la LOEAS, será declarado por acuerdo del Consejo de Ministros y por un plazo máximo de 15 días, precisando de autorización del Congreso de los Diputados para su prórroga más allá de dicho plazo temporal.

---

<sup>65</sup> Cfr. Camoni Rodríguez, D., *Op. cit.*

<sup>66</sup> Binder et al., *Op. cit.*, p. 8.

Pero ¿cuáles son los presupuestos para su aplicación? El artículo 4 de la LOEAS habla de catástrofes naturales, crisis sanitarias tales como epidemias, paralización de los servicios públicos esenciales y desabastecimiento de productos de primera necesidad. Así, resulta evidente que el supuesto de hecho de las crisis sanitarias del artículo 4.c) abarca, sin lugar a dudas, la pandemia ocasionada por la COVID-19, por ser esta una crisis sanitaria de gran magnitud.

La controversia, en consecuencia no radica tanto en la subsunción dentro del supuesto de hecho que da lugar a la aplicación de la norma, el cual parece correcto, sino más bien en las consecuencias que derivan de la misma. Así, el artículo 11 del mismo cuerpo legal, en su apartado a) recoge la posibilidad de «*limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos*». En este sentido, aparece la problemática que ya se ha mencionado, acerca de la limitación o suspensión de derechos fundamentales y en la que va a profundizarse en el siguiente epígrafe a propósito de la constitucionalidad de los Estados de Alarma.

Asimismo, a pesar de la concesión de enormes poderes al Ejecutivo, la aplicación de esta medida viene sujeta a fuertes garantías constitucionales, con el fin de evitar una merma de la democracia. Entre estas, destacan (i) los artículos 116.5 y 169 de la CE, que prohíben la disolución del Congreso y la reforma constitucional durante la vigencia de este estado; (ii) el artículo 3.1 de la LOEAS, que garantiza su impugnación jurisdiccional; (iii) el artículo 162.1 del Reglamento del Consejo de los Diputados<sup>67</sup> que permite a la Comisión competente en el seno del Congreso «*recabar toda la información y documentación que estime competente*»; y (iv) el artículo 165 del mismo texto, que asegura el funcionamiento de la Diputación Permanente en caso de haber sido disueltas las Cámaras a fin de asegurar su control parlamentario. En cambio, lo que no recoge nuestro Ordenamiento Jurídico es un control jurisdiccional *a priori*, es decir, para autorizar la declaración de este estado en atención de las circunstancias, ni tampoco para la prórroga del mismo.

Por contraposición, encontramos también los estados de excepción y de sitio, previstos en los artículos 11 y 32 de la citada LO; el primero para la grave alteración del «*libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento*

---

<sup>67</sup> Resolución de 24 de febrero de 1982 por la que se ordena la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» del nuevo Reglamento del Congreso de los Diputados (de 5 de marzo de 1982).

de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad», y el segundo «cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional». Así las cosas, queda patente que la aplicación de unos u otros no depende de amenazas crecientes en grado, sino de situaciones distintas, es decir, que «no se trata de que a medida que una situación se hace más grave el Gobierno puede ir subiendo la entidad de la declaración, sino de que, según la naturaleza de la emergencia, cabe adoptar uno u otro»<sup>68</sup>. Esto se torna en una cuestión de vital importancia a la hora de determinar la aplicabilidad de uno u otro, pues ha de prestarse especial atención a las circunstancias en cuanto al supuesto de hecho de la norma. Ello, además, habida cuenta de que los poderes que otorgan al Ejecutivo sí parecen seguir un grado creciente en intensidad.

## **2.2. La controversia sobre el uso del estado de alarma durante la pandemia**

Además de los dos grandes periodos de estado de alarma promulgados a nivel estatal, encontramos la posibilidad de que se promulguen con carácter autonómico. No obstante, a fin de simplificar y por motivos de concreción, este análisis únicamente va a centrarse en los dos Reales Decretos que han afectado a la totalidad de territorio nacional. Así, hablamos del primer estado de alarma, promulgado por primera vez el 14 de marzo de 2020 y que fue prorrogado hasta seis veces –hasta el 18 de junio–, y el segundo estado de alarma, promulgado el 25 de octubre de 2020 y que fue prorrogado por un plazo de seis meses el pasado 3 de noviembre. A continuación, se va a proceder a analizar las cuestiones más controvertidas en cuanto a su constitucionalidad y la problemática que de estos ha derivado.

### *2.2.1. Real Decreto 463/2020: ¿estado de alarma o de excepción?*

El RD 463/2020 ha sido la segunda disposición normativa en la historia española que ha decretado el estado de alarma. Como ya se ha atisbado, en ella se recogen restricciones de derechos fundamentales tales como la libertad de circulación, la libertad de reunión o la libertad de culto, abriendo así la puerta a una gran controversia: ¿los derechos se han visto limitados o suspendidos? De ahí derivan las dudas acerca de su constitucionalidad –concretamente en referencia al confinamiento general del pasado

---

<sup>68</sup> Urías Martínez, J., “Estado de alarma y limitación de derechos: ni excepción, ni suspensión”, *Al revés y al derecho*, 14 de abril de 2020. (disponible en <http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5774>; última consulta 19/03/2021).

marzo—, ya que, en virtud del artículo 11 de la LOEAS, declarado el estado de alarma, se podrán limitar ciertos derechos, pero en ningún caso suspenderlos. Para ello, habría que ampararse en la declaración de un estado de excepción, pues, a tenor de los artículos 17 y siguientes de este texto legal, su declaración faculta para la efectiva suspensión de ciertos derechos fundamentales.

He aquí la piedra angular del debate: la calificación de las restricciones establecidas durante el periodo de confinamiento como limitación o suspensión y, por consiguiente, la legitimidad de las mismas en el seno de un estado de alarma. La doctrina se halla absolutamente polarizada al respecto, sin que existan apenas posiciones intermedias. Por un lado, un amplio sector defiende la constitucionalidad de la medida, entendiendo que la existencia de condiciones para el ejercicio del derecho a la libre circulación supone, en sí misma, la imposibilidad de que se trate de una suspensión del derecho. Al mismo tiempo, se defiende desde esta postura la insubsumibilidad del supuesto de hecho de la pandemia en otro estado de excepcionalidad distinto del estado de alarma.

Por el contrario, otro sector, que parece resultar mayoritario, defiende la inconstitucionalidad de algunas de las medidas establecidas, especialmente el confinamiento total, ello por suponer una suspensión *de facto* de estos derechos. Se alega así la necesidad de haber declarado un estado de excepción o de sitio para poder imponer dichas medidas.

No tratándose el objeto de este trabajo el posicionarse en este debate, se cree más pertinente el obtener una conclusión sobre la materia con el propósito de avanzar hacia la búsqueda de soluciones que vayan «menos lejos» de lo que esta figura normativa permite. Así, no se busca tanto hablar de la constitucionalidad del estado de alarma en relación con la extralimitación o no de las medidas adoptadas, ni tampoco de si se debiera haber adoptado un estado de excepción, sino de buscar una solución que no genere tal problemática. Y es que, como queda patente, el supuesto de hecho se ajusta a la perfección a la situación actual, pero las consecuencias jurídicas que de este han derivado pueden no haber sido las más acertadas dentro del marco legal. Ello lleva a pensar que las medidas planteadas para una epidemia —tales como las recogidas en la norma— pueden resultar insuficientes cuando hablamos de una pandemia mundial como la que vivimos en la actualidad, derivando en que las medidas adoptadas por el Ejecutivo hayan podido resultar inconstitucionales en alguna ocasión por exceder lo permitido por la norma.

Quisiera cerrar este apartado con una pequeña reflexión, pues creo que, no obstante todo lo anterior y con independencia de la constitucionalidad o no de las medidas empleadas y su adecuación o no al supuesto de hecho de la norma, no debe perderse de vista, en ningún caso, el verdadero objetivo de las mismas: la salvaguarda de los derechos a la vida y a la integridad física consagrados en el artículo 15 de la CE. Así pues, a pesar de que las consecuencias jurídicas puedan no haber sido las correctas en el seno de la norma en la que se incardinaban, parece que la razón y la proporcionalidad nos hubiesen llevado, en todo caso, a la promulgación de un estado de alarma y no de excepción. Lo que queda ahora es plantearse si la inaplicación de otras normas por parte del Ejecutivo que vayan «menos allá» del estado de alarma se debe que a que estas brillan por su ausencia, o a motivos de otra índole, pero la imperante necesidad de buscar soluciones más adecuadas a las circunstancias actuales es innegable.

### *2.2.2. Real Decreto 926/2020: la desproporción temporal*

Pocos han sido los que se han planteado la inconstitucionalidad del segundo estado de alarma, promulgado a través del RD 926/2020, al amparo de la normativa vigente. Ello debido a que esta norma no genera dudas en cuanto a una posible suspensión de derechos, dado que se ha optado por un confinamiento parcial de la población a través del toque de queda. Esto, a su vez, resulta una clara limitación del derecho a la libre circulación, ya que es una medida mucho menos restrictiva del derecho y que respeta en mayor medida el núcleo esencial de aquel. En cambio, la problemática en este caso se cierne en torno a la larga duración de su prórroga. A diferencia del primer estado de alarma, que a pesar de tener una duración total de unos tres meses fue siendo prorrogado por periodos de 15 días, este ha sido directamente prorrogado por un plazo de seis meses. Se alza así la pregunta de si nuestra CE lo permite.

En primer lugar, hemos de prestar atención al propio texto constitucional que, en su artículo 116.2 versa: *«declarado [...] por un plazo máximo de 15 días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo»*. A este respecto, el artículo 6 de la LOEAS establece que *«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»*. No parece existir limitación alguna a la prórroga establecida por el Congreso, pues queda claro que el plazo de 15 días hace referencia a la declaración inicial del estado de alarma y no a su prórroga. Pero ¿cómo puede ser que la prórroga de un plazo

exceda al propio plazo en sí? Así pues, la constitucionalidad de la medida parece cuestionarse por dos frentes: de una parte, la posibilidad de establecer una prórroga de tal calibre, y, de otra parte, la coherencia de esta con la *ratio legis* de la norma en sí.

En cuanto a la primera objeción, numerosos autores traen a colación el principio general de que la prórroga de un plazo, en ningún caso, puede ser superior al mismo<sup>69</sup>. Resulta llamativo que un plazo inicialmente previsto por 15 días de duración pueda prorrogarse a seis meses. Este vacío legal no existe, en cambio, en la regulación del estado de excepción, cuya duración total se ve limitada a 30 días.

Por otro lado, se ha de interpretar que el motivo por el que se limita la duración del estado de alarma declarado por el Gobierno a 15 días no es otro que el de garantizar un control parlamentario periódico y que la situación de excepcionalidad se adecúe y sea proporcional a las circunstancias que la motivan. Así, permite también adaptar las medidas para que estas se ajusten lo máximo posible a las necesidades del momento. La prórroga por un periodo de seis meses, indudablemente, impide la consecución de dichos fines, ya que se desconoce a ciencia cierta cómo va a evolucionar la pandemia y qué medidas van a tener que imponerse para hacerle frente.

Por todo ello, si bien dicha prórroga no contraviene expresamente la Constitución, queda patente que se ha hecho una interpretación extensiva en lugar de restrictiva – interpretación que hubiese resultado más acorde en tanto que la norma en cuestión afecta a los derechos fundamentales y libertades constitucionales–. Resulta así una medida «irregular [y] [...] desproporcionadamente larga»<sup>70</sup>, que, sin duda, se encuentra al borde de la constitucionalidad.

---

<sup>69</sup> *Vid.*, por ejemplo, las declaraciones del exmagistrado del TC Ramón Rodríguez Arribas para Confilegal, quien a este respecto alega que «la prórroga del plazo puede ser menor o igual, pero nunca más, luego desde el punto de vista procesal y de fondo roza la inconstitucionalidad».

<sup>70</sup> Como se cita en Martínez López, M., “María Isabel Álvarez Vélez: «Se está pervirtiendo el control al Gobierno»”, *Alfa y Omega*, 20 de noviembre de 2020 (disponible en <https://alfayomega.es/maria-isabel-alvarez-velez-se-esta-pervirtiendo-el-control-al-gobierno/>; última consulta 28/03/2021).

### 3. ALTERNATIVAS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL AL ESTADO DE ALARMA

#### 3.1. El control futuro de la pandemia a través del estado de alarma

A pocas semanas de que finalice el periodo de prórroga del actual estado de alarma, hemos de plantearnos cuál es el siguiente paso. ¿Cabe una prórroga adicional? ¿Se decretará un nuevo estado de alarma? ¿Tal vez un estado de excepción? ¿O caben acaso medidas más moderadas? Así las cosas, se desconoce lo que va a ocurrir, pero queda claro que es imprescindible imponer una serie de medidas que permitan restringir ciertos derechos de aumentar la incidencia de casos por coronavirus.

Parece razonable afirmar que la utilización de un estado de excepción no es una opción plausible ni que esté sobre la mesa. Ello debido a que las circunstancias actuales no resultan subsumibles, ni por asomo, en el supuesto de hecho de la norma, pues solo procede su declaración ante graves alteraciones del orden público. En la actualidad, no obstante, «la alteración producida ha sido otra muy distinta y que ha afectado al sistema sanitario del país y la salud de las personas. Éste ha sido el orden alterado y no otro»<sup>71</sup>.

La opción más clara parece ser, pues, el estado de alarma. No obstante, como se ha podido entrever a lo largo de este trabajo, este trae consigo una serie de problemáticas que hacen que no sea lo más ideal, especialmente en una situación de crisis política como la que hoy en día vivimos en España<sup>72</sup>. Se pueden citar, así, cuestiones como el abuso del Decreto-Ley y de los procedimientos legislativos de urgencia, la politización de la gestión de la emergencia sanitaria, el conflicto entre el Ejecutivo y los gobiernos autonómicos y el uso de esta herramienta para evitar el control jurisdiccional *a priori* de ciertas medidas limitadoras de derechos. Ello, a su vez, unido a los problemas que acarrearía una nueva prórroga o declaración de estado de alarma.

#### 3.2. En búsqueda de un modelo intermedio

Todo lo anterior sirve para sacar a la luz la imperante necesidad de una reforma del sistema, o bien de emplear otras herramientas a nuestro alcance, ya que parece que lo que antes era Derecho Excepcional ha pasado a convertirse en Derecho General u ordinario, o más bien, en el Derecho de cada día. Queda claro que es el Derecho el que

---

<sup>71</sup> Carrillo i Lopez, M., *Op. cit.*

<sup>72</sup> *Vid.*, sobre la problemática política, la crítica planteada por el Círculo Cívico de Opinión, “España en Estado de Alarma: problemas y propuestas”, *Posiciones* 40, 18 de febrero de 2021.

sigue a la sociedad, pero en este caso parece estar llegando tarde a la cita, sin responder de manera tempestiva a las necesidades ocasionadas por la crisis sanitaria. Se ha de encontrar, pues, una solución intermedia que permita la limitación de los derechos para la gestión de la crisis a la vez que sea sostenible y continua en el tiempo, sin tener que recurrir, una vez más, al artículo 116 de la CE.

A mi juicio, resulta claro que dicha solución ha de venir de la mano de otorgar competencias claras e incuestionables a los gobiernos autonómicos para que puedan limitar los derechos de los ciudadanos de acorde a su situación concreta y dentro de un marco genérico de actuación. El papel del Gobierno debe ser, por tanto, el de garantizar la proporcionalidad de las medidas y el cumplimiento del principio de igualdad en todo el territorio nacional. Todo ello en aras de evitar anteponer los intereses políticos a lo realmente importante: el control de la pandemia, la salvaguarda de la salud pública y la recuperación de la economía española.

Así las cosas, existen numerosísimas maneras de acometer esta transición a una herramienta menos lesiva y excepcional, tales como el empleo de la normativa existente, la promulgación de una norma *ad hoc* adaptada a las circunstancias concretas, o la reforma de la normativa vigente a fin de adecuar el sistema a la crisis actual. La mejor vía será aquella que, al tiempo que garantice la protección de los derechos individuales, permita la mayor flexibilidad y proporcionalidad al supuesto de hecho, así como su reaplicación de darse de nuevo una situación de tales características. A continuación se procede a analizar en mayor detalle dos soluciones alternativas al empleo del estado de alarma –una legal y otra judicial–, ello para poder, finalmente, determinar cuál resulta más adecuada.

### *3.2.1. La solución legal: el Derecho Ordinario*

En caso de que no se aprobase una prórroga del estado de alarma, el Gobierno no tendría alternativa a emplear la Legislación Ordinaria —como propusieron en el pasado algunos de los grupos parlamentarios–, concretamente la normativa en materia de salud pública. Esta permite crear un paraguas legal bajo el cual establecer restricciones para controlar la pandemia sin tener que recurrir al Derecho de Excepción.

La problemática aparece con respecto a la limitación de derechos. A modo de ejemplo, recuérdese que la LOMEMSP –en la que se ampararon las Comunidades Autónomas mientras no estaba en vigor el estado de alarma– otorga competencia, en su

artículo 3, para que se tomen las «medidas oportunas» para el control de la enfermedad. Así, algunos califican esta habilitación de insuficiente para permitir la limitación genérica de derechos, sirviendo, únicamente, para derechos de sujetos concretos. Y es que, ciertamente, el asunto es muy discutible, ya que ni se enumeran los derechos que pueden verse afectados, ni la magnitud de las limitaciones. No obstante, como ya se ha reflexionado en epígrafes anteriores, a mi juicio, esta Ley Orgánica resulta bastante para la limitación, siempre y cuando exista un contrapeso efectivo sobre las medidas impuestas.

Por su parte, la LGSP, en su artículo 54, recoge una serie de medidas que puedan adoptar las Administraciones competentes «para asegurar el cumplimiento de la ley», y la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad permite adoptar «las medidas preventivas que estimen pertinentes» (artículo 26) en caso de «riesgo inminente y extraordinario para la salud». No obstante, a diferencia de la LOMEMSP, estas carecen de rango de Ley Orgánica, por lo que no permiten la limitación de derechos fundamentales, si bien otorgan competencia para imponer otras medidas menos restrictivas y limitar el resto de derechos.

Se puede afirmar, pues, que sí existen disposiciones legales al margen del estado de alarma suficientes para el control de la pandemia, aunque no quedan exentas de carencias. A este respecto y en relación con la LOMEMSP, se pueden citar, cuanto menos, tres principales puntos: «la imprecisión en la razón de atribución de la potestad para activar este tipo de medidas [...]; la falta de desarrollo de medidas esenciales, aun señeras, para hacer frente a epidemias y que pueden comprometer derechos fundamentales [...] [y] las dudas en cuanto al alcance y significación de la garantía judicial que se contempla en el art. 8.6.2 de la LJCA cuando ha de proyectarse sobre medidas que no tienen un destinatario individualizado inmediato»<sup>73</sup>. Todo lo anterior lleva a pensar que el motivo detrás del empleo del estado de alarma no es tanto la ausencia de normativa alternativa, sino de un deseo de centralización y acumulación de poder del Ejecutivo<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Cierco Seira, C., “Derecho de la Salud Pública y COVID-19”, en Blanquer Criado, D., (coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 30.

<sup>74</sup> Nótese, a este respecto, que la imprecisión de la atribución de competencia a una Administración concreta por la LOMEMSP parece otorgar potestad a las Comunidades Autónomas en el control de la pandemia. Ello, a su vez, ha sido el principal generador de fricción entre los gobiernos autonómicos y el central, en tanto que el Ejecutivo ha visto disminuida su competencia en ciertos territorios.

Estas limitaciones, sin embargo, podrían superarse bien a través de una reforma normativa, bien a través de la promulgación de una ley *ad hoc* que se adapte perfectamente a las necesidades generadas por la pandemia. Se puede, así, traer a colación la Proposición de Ley Orgánica de protección de la salud y de los derechos y libertades fundamentales planteada por el Grupo Parlamentario Popular el pasado 7 de septiembre. Esta tuvo como objeto la concreción del alcance de las medidas limitadoras preventivas dentro de la LOMEMSP, otorgando potestad para la limitación de los derechos fundamentales a la libre circulación por territorio nacional y de reunión; y revisar el control judicial de las medidas limitadoras de derechos a través de la reforma competencial de la LJCA, reforzando asimismo la competencia de las Comunidades Autónomas para la limitación de los derechos fundamentales en aras de proteger la salud pública.

Parece que esta propuesta busca la consecución de un modelo intermedio, donde la limitación de ciertos derechos se pueda llevar a cabo a través de legislación ordinaria, la cual otorgue potestades claras y concretas para así reducir el margen de crítica. No obstante, los grandes riesgos que presenta este modelo también se asocian a este carácter de Derecho Ordinario, y es que, indudablemente, la limitación de ciertos derechos sería más fácil acudiendo a esta vía que al decreto de un nuevo estado de alarma, es decir, que se simplificarían las vías para imponer dichas restricciones.

Por tanto, se puede observar cómo la promulgación de una ley *ad hoc* o una reforma de la normativa actual presenta beneficios a la par que inconvenientes, si bien no puede negarse el hecho de que, de plantearse adecuadamente, resultaría mucho más garantista y provechosa que el empleo del Derecho de Excepción, ello debido al mayor peso que se podría otorgar a la reserva de jurisdicción. Así, el objetivo radicaría en alcanzar un modelo legislativo que permitiese la imposición de medidas urgentes y de carácter preventivo, con un catálogo concreto y *a priori* de herramientas ablativas de los derechos ciudadanos y su correspondiente juicio de proporcionalidad, a fin de favorecer una gestión más eficaz de situaciones de este tipo.

### 3.2.2. *La solución judicial: la reforma de las competencias judiciales a través de la Ley 3/2020*

A diferencia de la solución anterior, basada en concretizar e individualizar las medidas a imponer en la lucha contra la pandemia, la reforma de las competencias judiciales, también aludida en la Propuesta antes mencionada, parece traer una mejor

respuesta al problema. Al final, de nada sirve atribuir competencias a las distintas Administraciones y enumerar las medidas a su alcance, si no se garantiza un correcto y necesario control judicial de las mismas. Por ello, no ha de olvidarse, en ningún caso, el especial papel de control que tienen los tribunales en la tutela de los derechos fundamentales, al amparo del artículo 53.2 de la CE y de la legislación vigente.

Como ya se ha ido adelantando en capítulos anteriores, la reciente reforma de la LJCA a través de la Ley 3/2020 permite el control *a priori* de las medidas limitadoras de derechos fundamentales. Así, serán competentes para el control de las disposiciones autonómicas dirigidas a sujetos concretos los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, mientras que las disposiciones que afecten a sujetos genéricos habrán de ser autorizadas por los Tribunales Superiores de Justicia. De esta manera, la legislación vigente, establece un doble sistema de control judicial<sup>75</sup>: *a priori* a través de la autorización, y *a posteriori* por medio de recurso.

Esta solución, sin embargo, no se ve falta de problemas. Las críticas recibidas vienen por dos principales motivos: si las Comunidades Autónomas tienen o no potestad para limitar derechos fundamentales –deviniendo así innecesaria esta ratificación de acuerdo con el texto legal–; y hasta qué punto cualquier medida general de prevención afecta a un derecho fundamental y, por ende, ha de ratificarse. Dado que esta primera cuestión ya ha sido tratada anteriormente, nos centraremos en la segunda.

Algunas de las críticas subrayan la fácil conexión de cualquiera de las medidas con los derechos fundamentales, lo que implicaría que decisiones tales como la limitación del aforo en locales deban someterse a ratificación judicial. Así, parece que el reparo subyace en que cualquier medida podría quedar sometida al control *a priori*, lo que puede resultar verdaderamente ineficiente y en la incorrecta aplicación del Ordenamiento Jurídico. Pero ¿no afecta el aforo al derecho de reunión? ¿No son los límites de personas por reunión o por mesa una limitación del derecho?

Es cuando hablamos de derechos fundamentales y su limitación cuando hemos de ser, cuanto menos, rigurosos, exhaustivos y garantistas, a fin de evitar arbitrariedades y desprotección. El impacto negativo de sobretutelar los derechos fundamentales es nimio frente al que derivaría de su desamparo. Con todo, esta reserva de jurisdicción para la

---

<sup>75</sup> En este sentido se pronunció la juez decana de Madrid M<sup>a</sup> Jesús del Barco el pasado verano, afirmando que dicha autorización es necesaria a la luz de la legislación actual.

imposición de medidas limitadoras de lo que puede afectar a derechos fundamentales parece una mucho mejor alternativa que la promulgación de un estado de alarma, ello debido a que otorga a la jurisdicción contencioso-administrativa potestades para realizar dicho control *a priori*, a diferencia de esta última alternativa, que carece de controles de este tipo.

## CONCLUSIONES

La COVID-19 ha revolucionado el mundo. Además de elevar la tasa de mortalidad, reducir los márgenes empresariales, torpedear el PIB global, obligarnos a tomar medidas de protección sin precedentes, frenar el turismo mundial, aumentar el nivel general de ansiedad entre la población y un largo etcétera de efectos negativos, la pandemia nos ha hecho avanzar. Hemos avanzado en ciencia y en tecnología, asimilado nuevas formas de interactuar entre nosotros, desarrollado la vacuna más rápida de la historia, impulsado nuevas formas de enseñanza; en resumen, hemos aprendido a vivir la vida de manera distinta, nos hemos adaptado a la nueva realidad. Y al igual que ha hecho la sociedad, una vez más, el Derecho ha de seguirle, ha de recoger y plasmar estos cambios y, en especial, garantizar el libre ejercicio de los derechos en este mundo pandémico.

Lo que antes no era más que una historia de ciencia ficción, hace poco más de un año se convirtió en realidad. Y no todos estaban preparados. Los gobiernos de las distintas naciones se vieron obligados a utilizar la creatividad para dar solución a una situación hasta entonces inimaginable. Algunos, como España, optaron por el uso de las medidas consagradas en sus Ordenamientos Jurídicos, otros apostaron por el empleo de disposiciones promulgadas *ad hoc* para combatir la crisis; unos se inclinaron por medidas más restrictivas, a través de confinamientos generales y el parón total de su economía, mientras que otros se centraron en la prevención y pudieron mantener un mayor nivel de normalidad. Pero lo que todos tuvieron en común fue que los derechos se vieron limitados, la vida cambiada, y la normalidad alterada.

Ya fuesen las restricciones de movilidad, el uso obligatorio de mascarillas, las limitaciones de aforos y reuniones, el control de fronteras, el cierre de escuelas, o el aislamiento preventivo, lo cierto es que la pandemia ha cambiado muchas cosas y, mayormente, ha coartado muchas libertades que hasta ahora casi siempre se han vivido como plenas. Todo ello con un objetivo claro: la salvaguarda de la salud pública, un bien jurídico especialmente protegido y consagrado en el artículo 43 de nuestra Carta Magna. Pero dicho interés legítimo no implica que, necesariamente, la forma de limitación de estos derechos haya sido la adecuada.

Centrándonos en nuestro país, se ha visto la multitud de críticas hechas al estado de alarma. Entre otras, su posible inconstitucionalidad, su desmesurada prolongación temporal, su excesiva restricción de derechos sin amparo legal suficiente, su menor

control jurisdiccional; en resumen, su gran problemática. Hemos podido apreciar cómo en Estados de tradición legal similar a la nuestra, se ha optado por otras vías, sistemas probablemente menos lesivos de los derechos, quizá incluso más adecuadas al supuesto de hecho y sus características particulares, ello sin tener que acudir al Derecho de Excepción.

¿Y qué es lo que nos diferencia? ¿Qué ha hecho que la solución española haya sido optar por el estado de alarma en lugar de tomar otro camino? Podría pensarse que es la ausencia de Derecho Ordinario, pero, como se ha podido observar, existen en nuestro Ordenamiento normas que, si bien no están carentes de problemas, podrían servir al efecto. Asimismo, podría haberse optado por su reforma o incluso, al igual que se ha hecho en otros países, promulgar una ley designada al efecto. Es decir, existen aún muchas alternativas para el control de la pandemia que van más allá de la declaración del estado de alarma.

Dejando a un lado los motivos que han llevado al Ejecutivo a esta vía, por no ser de interés para este trabajo, se ha podido encontrar una respuesta a la pregunta inicial: el Ordenamiento Jurídico español tiene capacidad para ofrecer una solución intermedia, tiene armas suficientes para luchar contra la COVID, aunque estas puedan no resultar las más eficaces. Se puede afirmar así que el problema no reside, por tanto, en una laguna normativa, pero al mismo tiempo puede decirse que el sistema precisa de actualización. No es tanto un déficit normativo como un déficit de la normativa.

La legislación de salud pública en nuestro país –especialmente la LOMEMSP– no es del todo concisa, deja amplio margen a la interpretación y, por ende, un amplio margen a problemas de interpretación. Algunos ejemplos de ello son la potestad o no autonómica para la limitación de los derechos fundamentales en aras de proteger la salud pública, así como las medidas a emplear o el control sobre las mismas. Todo ello, además de generar confusión, críticas y litigiosidad, puede derivar en enormes pendientes resbaladizas (*slipery slopes*) de no concretarse adecuadamente, abriendo la puerta a la limitación indiscriminada y descontrolada de derechos por parte de las Comunidades Autónomas ante cualquier peligro para la salud. Con todo, creo que una propuesta de reforma es la más adecuada dadas las circunstancias, siempre teniendo en cuenta los enormes retos que aún tenemos ante nosotros. Ha llegado la hora de rearmar nuestro sistema jurídico, de vacunar al Derecho.

A mi juicio, la respuesta a estos problemas viene de la mano de clarificar las competencias de las Comunidades Autónomas para la adopción de medidas limitadoras de derechos, ello bajo un riguroso control jurisdiccional y una estricta concreción del supuesto de hecho. A través de un modelo de tales características se otorga una especial tutela a los derechos fundamentales, sin olvidar que la pandemia no afecta por igual a todos los territorios y que España es un Estado descentralizado y compuesto por distintas autonomías.

A tal efecto, bastaría con introducir una disposición legal –bien a través de una reforma de la legislación actual, bien a través de una norma *ad hoc*– que definiese de manera concisa cuál es la autoridad competente en materia de salud en estos casos y hasta dónde llegan sus potestades en lo que a limitación de derechos fundamentales se refiere. En un sentido similar se pronuncia el Consejo de Estado, al considerar necesaria una alternativa al estado de alarma, entendiéndose que esta pasa por reformar la LOMEMSP pues «se trata de una ley aprobada hace casi cuarenta años que no contiene una regulación acabada de su núcleo orgánico [...]. [E]l contenido de la Ley Orgánica 3/1986 podría estar necesitado de una adecuación legislativa que le aporte mayor detalle y concreción, en orden a proporcionar a las autoridades sanitarias competentes el mejor marco jurídico posible para afrontar las situaciones presentes y futuras de riesgo grave para la salud pública»<sup>76</sup>.

Para llevar a cabo esta renovación del Ordenamiento Jurídico, a mi juicio se precisaría de una concreción de los derechos sujetos a limitación, de forma similar a lo que se ha hecho en la LOEAS, pudiéndose incluso recoger un listado *numerus apertus* de medidas a imponer. Cabría seguir parcialmente el modelo francés, haciendo que la disposición normativa permitiese la declaración de una emergencia sanitaria que aportase a los gobiernos autonómicos potestades para imponer ciertas medidas dentro de un marco común –ello lo más lejos posible del Derecho de Excepción, incardinándose bien dentro de la propia LOMEMSP o en una disposición normativa distinta–. De esta manera, existiría un modelo claro y con poco margen a la interpretación donde los gobiernos autonómicos serían competentes, incardinándose así este modelo en el Derecho Ordinario y proporcionando una mayor seguridad jurídica.

---

<sup>76</sup> Dictamen del Consejo de Estado, *Op. cit.*

Considero, no obstante, que todo ello ha de quedar supeditado a un estricto control por parte de los tribunales, tanto *ex post* –por vía de recurso–, como *ex ante* –a través de una autorización o ratificación de las medidas–. Si bien es evidente que por razones de urgencia la declaración de estado de alarma no puede quedar sujeta a una fiscalización previa por parte de la administración de justicia, ello se convierte en uno de sus principales vicios, pues permite la imposición de medidas limitadoras de derechos sin ningún control jurisdiccional. En este sentido, llama la atención que su prórroga no queda sometida a un mayor control, más allá del meramente político, lo que supone una clarísima merma de los derechos de los ciudadanos y ha sido, en gran parte, la causante de tal nivel de problemática. Resulta un tanto incongruente que se precise de autorización judicial para la imposición de ciertas medidas limitadoras de derechos –incluso para las dirigidas a sujetos concretos en el seno de la pandemia–, pero no para la «reutilización» del Derecho de Excepción, ello debido al impacto que este puede tener sobre las libertades ciudadanas y, por ende, sobre la soberanía popular y el contrato social.

Por ello, esta solución intermedia, indudablemente, ha de pasar por los tribunales. De optarse por la vía propuesta, parece que lo más conveniente es que la declaración de la emergencia sanitaria o, al menos, las medidas impuestas por las Comunidades Autónomas dentro del marco establecido por la misma, quedasen sometidas a un control jurisdiccional previo. Con ello se aseguraría una mayor seguridad jurídica, una tutela más eficaz de los derechos fundamentales y se garantizaría la adopción de medidas proporcionales, adecuadas, necesarias y alejadas del arbitrio político. Ello habida cuenta de que, si bien son la necesidad y la urgencia los que llevan a adoptar este tipo de normas, el papel de los tribunales es indispensable para garantizar los derechos fundamentales y más cuando las necesidades que la pandemia está creando no son, ni mucho menos, imprevisibles.

Así, el corazón de este modelo debiera ser, sin lugar a dudas, el poder judicial, que ostentaría, como siempre, la función de contrapeso del resto de poderes para asegurar la proporcionalidad en la limitación de derechos y tutelarlos de manera efectiva. Ello porque, indudablemente, la reserva de jurisdicción se convierte en el requisito constitucional insustituible para la válida limitación de derechos fundamentales durante los tiempos de pandemia. Ello porque es en estas situaciones de urgencia y desconcierto cuando el Derecho ha de servir de cauce para traer de vuelta la tan ansiada normalidad.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **1. LEGISLACIÓN**

Francia. LOI n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.

Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia (BOE de 2 de abril de 2021).

Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (BOE de 19 de mayo de 1986).

Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (BOE de 5 de octubre de 2011).

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE de 2 de octubre de 2015).

Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (BOE de 29 de abril de 1986).

Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (BOE de 5 de junio de 1981).

Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa (BOE de 24 de julio de 1980).

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 (BOE de 14 de marzo de 2020).

Resolución de 24 de febrero de 1982 por la que se ordena la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» del nuevo Reglamento del Congreso de los Diputados (de 5 de marzo de 1982).

### **2. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA**

#### **CONSEJO DE ESTADO**

Dictamen núm. 213/2021, de 22 de marzo de 2021, del Consejo de Estado.

#### **JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.5 de Granada núm. 362/10, de 24 de noviembre [versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ECLI:ES:JCA:2010:3A].

Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.2 de Madrid núm. 121/2020, de 22 de agosto [versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ECLI:ES:JCA:2020:53A].

#### JUZGADO DE INSTRUCCIÓN

Auto del Juzgado de Instrucción n.2 de Santiago de Compostela, de 9 de enero de 2021 [versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ECLI:ES:JI:2021:4A].

#### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 11/1981, de 8 de abril [versión electrónica – base de datos del Tribunal Constitucional. Ref. ECLI:ES:TC:1981:11].

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 2/1982, de 29 de enero [versión electrónica – base de datos del Tribunal Constitucional. Ref. ECLI:ES:TC:1982:2].

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 177/1996, de 11 de noviembre [versión electrónica – base de datos Tribunal Constitucional. Ref. ECLI:ES:TC:1996:177].

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 18/1999, de 2 de febrero [versión electrónica –base de datos del Tribunal Constitucional. Ref. ECLI:ES:TC:1999:18].

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 46/2001, de 15 de febrero [versión electrónica – base de datos Tribunal Constitucional. Ref. ECLI:ES:TC:2001:46].

#### TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos núm. 11209/84, de 24 de noviembre de 1988, caso Brogan y otros contra Reino Unido.

#### TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Segunda, asunto C-621/15, de 21 de junio de 2017, [versión electrónica – InfoCuria ECLI:EU:C:2017:484].

#### TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 929/2007, de 17 de septiembre [versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ECLI:ES:TS:2007:5818].

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, núm. de recurso 5927/2007, 25 de junio de 2010 [versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ECLI:ES:TS:2010:3463].

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, núm. 1271/2020, de 8 de octubre [versión electrónica – base de datos del Consejo General del Poder Judicial. Ref. ECLI:ES:TS:2020:3024].

### 3. OBRAS DOCTRINALES

- Aguiar de Luque, L., “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 14, 1993, pp. 9-34 (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1051173>; última consulta 20/11/2020).
- Aláez Corral, B., “El concepto de suspensión general de los derechos fundamentales” en López Guerra, L.M., y Espín Templado, E. (coords.), *La Defensa del Estado: actas del I Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 233-246.
- Álvarez García, F.J., “Estado de alarma o excepción”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 40, n. 0, 2020, pp. 1143-1163 (disponible en <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/6706>; última consulta 27/11/2020).
- Barceló Doménech, J., “Régimen jurídico de las vacunas en España: reflexiones ante la situación creada por el coronavirus”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, n. extra 2, 2, 2020, pp. 118-125 (disponible en [http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/05/12.\\_Javier\\_Barceló\\_pp.\\_118-125.pdf](http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/05/12._Javier_Barceló_pp._118-125.pdf); última consulta 6/11/2020).
- Bastida Freijedo et al., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.
- Binder et al., “States of emergency in response to the coronavirus crisis: Situation in certain Member States”, *European Parliamentary Research Service*, junio 2020. (disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/649408/EPRS\\_BRI\(2020\)649408\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/649408/EPRS_BRI(2020)649408_EN.pdf), última consulta 27/02/2021).
- Cierco Seira, C., “Derecho de la Salud Pública y COVID-19”, en Blanquer Criado, D., (coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 25-78.
- Comité de Bioética de España, “Cuestiones ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario”, 19 de enero de 2016 (disponible en: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/cuestiones-etico-legales-rechazo-vacunas-propuestas-debate-necesario.pdf>; última consulta 27/01/2021).
- Cuerda Riezu, A.R., “El velo islámico y el derecho a la propia imagen”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, n. 11, 2008, pp. 247-256.

- De Montalvo Jääskeläinen, F., “El paradigma de la autonomía en salud pública ¿una contradicción o un fracaso anticipado?: El caso concreto de la política de vacunación”, *DS: Derecho y Salud*, vol. 24, n. Extra 1, 2014, pp. 14-27.
- De Montalvo Jääskeläinen, F., “La lucha jurídica contra las enfermedades no transmisibles vinculadas a la alimentación”, en Salameo Teixidó, L. (Dir.), *Manual básico de Derecho alimentario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 141-174.
- Murillo De la Cueva, P.L., “Delimitación de la competencia autonómica para la regulación de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Político*, n. 46, 1999, pp. 11-38 (disponible en <http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:Derechopolitico-1999-46-FF3A40EE&dsID=PDF>; última consulta 21/12/2020).
- Santamaría Dacal, A.I., “COVID y Derecho público en Francia: un “estado de urgencia sanitario” bajo control judicial” en Blanquer Criado, D. (coord.), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 185-206.
- Soler Martínez, J.A., “Estado de alarma y libertad religiosa y de culto”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, n. 53, 2020.
- Tolosa Tribiño, C., “Problemas legales de la vacunación en España”, *Diario La Ley, Sección Tribuna*, 22 de enero de 2021.

#### 4. RECURSOS DE INTERNET

- Benítez Ostos, A., “El Estado podría incurrir en responsabilidad patrimonial por el retraso en la vacunación”, *LegalToday*, 19 de enero de 2021 (disponible en: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-publico/derecho-administrativo/antonio-benitez-ostos-de-administrativando-el-estado-podria-incurrir-en-responsabilidad-patrimonial-por-el-retraso-en-la-vacunacion-2021-01-19/>; última consulta 16/04/2021).
- Camoni Rodríguez, D., “Italia ante la Covid-19: el zafarrancho aquel de las fuentes del Derecho”, *Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico*, 22 de junio de 2020 (disponible en <https://www.fundacionmgimenezabad.es/es/italia-ante-la-covid-19-el-zafarrancho-aquel-de-las-fuentes-del-derecho>, última consulta 19/03/2021).
- Carrillo i Lopez, M., “Los derechos en tiempo de pandemia”, *Al revés y al derecho*, 17 de mayo de 2020 (disponible en <http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5800>; última consulta 6/11/2020).

- De Lorenzo y Montero, R., “Hacia un sistema de fondos estatales de compensación por daños vacunales, frente a la responsabilidad por efectos adversos de las vacunas del coronavirus”, *Redacción Médica, Opinión*, 9 de febrero de 2021 (disponible en: <https://www.redaccionmedica.com/opinion/ricardo-de-lorenzo/hacia-un-sistema-de-fondos-estatales-de-compensacion-por-danos-vacunales-frente-a-la-responsabilidad-por-efectos-adversos-de-las-vacunas-del-coronavirus-3469>; última consulta 16/04/2021).
- De Montalvo Jääskeläinen, F., y De La Torre Díaz, J., “¿Deben ser los certificados de inmunidad la nueva llave del trabajo?”, *Diario Médico*, 27 de mayo de 2020 (disponible en <https://www.diariomedico.com/medicina/medicina-preventiva/opinion/deben-ser-los-certificados-de-inmunidad-la-nueva-llave-del-trabajo.html>; última consulta 31/01/2021).
- Gamero Casado, E., “Legalidad y control de las nuevas limitaciones de derechos ante rebrotes del Covid-19”, *Almacén de Derecho*, 27 de agosto de 2020 (disponible en <https://almacenederecho.org/legalidad-y-control-de-las-nuevas-limitaciones-de-derechos-ante-rebrotes-del-covid-19>; última consulta 21/01/2021).
- García García, R. “Libertad religiosa en tiempo de coronavirus”, *Blog Facultad de Derecho. UAM*, 18 de junio de 2020 (disponible en <https://www.blog.fder.uam.es/2020/06/18/libertad-religiosa-en-tiempo-de-coronavirus/>; última consulta 25/10/2020).
- Martínez López, M., “María Isabel Álvarez Vélez: «Se está pervirtiendo el control al Gobierno»”, *Alfa y Omega*, 20 de noviembre de 2020 (disponible en <https://alfayomega.es/maria-isabel-alvarez-velez-se-esta-pervirtiendo-el-control-al-gobierno/>; última consulta 28/03/2021).
- Naniche, D., “¿Es el pasaporte de inmunidad una opción adecuada para la estrategia de desconfinamiento?”, *IS Global*, 7 de mayo de 2020 (disponible en <https://www.isglobal.org/-/es-el-pasaporte-de-inmunidad-una-opcion-adecuada-para-la-estrategia-de-desconfinamiento->; última consulta 31/01/2021).
- Rodríguez Ramos, “Derechos fundamentales y Estado de Alarma. ATC de 30 de abril de 2020: el derecho fundamental de manifestación no estaría suspendido, siendo proporcional su limitación mediante la prohibición de una manifestación. Proyecciones sobre la libertad de circulación y el derecho de reunión”, *R-RADAR PENAL & COMPLIANCE*, 30 de abril de 2020 (disponible en <https://www.rodriguezramos.es/2020/04/30/atc30420/>; última consulta 4/11/2020).

- Sáenz Royo, E., “Limitar Derechos Fundamentales Durante la Pandemia”, *Agenda Pública*, 14 de julio de 2020 (disponible en <http://agendapublica.elpais.com/limitar-derechos-fundamentales-durante-la-pandemia/>; última consulta 28/11/2020).
- Tajadura Tejada, J., “Uso de mascarilla y “reserva de ley””, *Diario del Derecho*, 22 de julio de 2020 (disponible en [https://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1200852](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1200852); última consulta 7/11/2020).
- Urías Martínez, J., “Estado de alarma y limitación de derechos: ni excepción, ni suspensión”, *Al revés y al derecho*, 14 de abril de 2020. (disponible en <http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5774>; última consulta 19/03/2021).
- Villagómez Cebrián, A., “Mascarillas y ley”, *El Correo Gallego*, 25 de julio de 2020 (disponible en <https://www.elcorreogallego.es/opinion/firmas/mascarillas-y-ley-KY4054149>; última consulta 7/11/2020).
- Vives de la Cortada, J. “El TC se pronuncia sobre el estado de alarma ¿Es el adecuado para suspender derechos fundamentales y libertades públicas?”, *ELDERECHO.COM*, 12 de mayo de 2020 (disponible en <https://elderecho.com/tc-se-pronuncia-estado-alarma>; última consulta 5/11/2020).