



Derecho sanitario y COVID-19

Ofelia De Lorenzo Aparici

El pasado 8 de octubre del 2020, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 8ª) en su Auto nº 128/2020, dejaba sin efecto la Resolución que restringía la libertad de movimiento en la ciudad de Madrid y otras nueve de la comunidad autónoma.

Recordemos que dicha Resolución obligaba al cierre perimetral de la capital y otros nueve municipios de la región, fijándose un plazo máximo de 48 horas para la adopción de estas medidas. Estableciéndose por el Gobierno Central que la misma era de obligados cumplimiento, a pesar del voto en contra de las comunidades autónomas de Cataluña, Galicia, Andalucía, Comunidad de Madrid, así como el voto particular de abstención de la ciudad autónoma de Ceuta a este Acuerdo.

Desde que se puso fin al estado de alarma (RD 463/20 de 14 de marzo), las competencias en materia sanitaria han vuelto a ser transferidas a las comunidades autónomas, y ello ha puesto de manifiesto que ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud ha quedado desactualizada. Los acuerdos adoptados en el Consejo Interterritorial son recomendaciones no son vinculantes. Es más, en concreto el artículo 73.2 de la citada norma establece que "los acuerdos del Consejo se plasmarán a través de recomendaciones que se aprobarán, en su caso, por consenso".

Y es aquí donde surgieron las diferencias: Madrid insistía en que, para que sea vinculante, el acuerdo tiene que alcanzarse por consenso;

mientras el Gobierno central defendía que sí es de obligado cumplimiento, porque se trata de "una decisión colegiada", adoptada por "una amplia mayoría".

La cuestión es: ¿puede una "resolución" justificar limitaciones de derechos fundamentales? Pues bien, según jurisprudencia constitucional consolidada, los derechos fundamentales son aquellos que se ejercen frente a los poderes públicos. Pero para que un Gobierno pueda restringirlos, tiene que ampararse en una ley orgánica que se lo permita; aunque no de manera genérica.

En esta línea, hoy por hoy, la única legislación que especifica la limitación de la libertad de circulación con las consiguientes condiciones y garantías es la Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio.

En octubre del 2016, hace ya 4 años y con motivo del XXIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, tuvimos la oportunidad de debatir los problemas jurídicos que pudieran venir asociados a las grandes crisis sanitarias: químicas, biológicas, radiológicas, nucleares y terroristas. Entre las conclusiones alcanzadas en ese Congreso, ya se advertía primero que no era oportuno dejar las cosas a la improvisación y que las dos grandes normas de Salud Pública en España (la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública y Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública) permiten que se tomen medidas de control de personas enfermas o sus contactos en pro de la Salud Pública, pero son muy incon-

cretas y presentan enormes lagunas ante los problemas jurídicos que pudieran venir asociados a las grandes crisis sanitarias. Es más: la Ley General de Salud Pública de 2011 aún no se ha desarrollado.

En la actualidad las comunidades autónomas las cuales solicitan instrumentos jurídicos para luchar eficazmente, para evitar la judicialización que hemos comprobado está existiendo.

Además del reciente Auto dictado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, podemos recordar lo ocurrido en la provincia catalana de Lérida a principios de julio, cuando la Generalitat de Cataluña ordenó el confinamiento de la población ante el incremento de contagios en la región del Segrià: una jueza paralizó el auto al entender que es «una competencia estatal y se ejerce, además, con la garantía de la intervención del Congreso», dos días después, la Justicia dio la razón al Gobierno de la Generalitat y avaló el cierre del Segrià.

Igualmente, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estimó el recurso interpuesto por los hosteleros de dicha región, que solicitaban la suspensión cautelar de las restricciones horarias para sus negocios.

Lo cierto es que en base a lo anterior, resulta absolutamente necesaria la promulgación de una Ley Orgánica de Salud o de emergencias sanitarias, que concrete las competencias del Gobierno central y los autonómicos y, a su vez, qué decisiones puede adoptar el presidente de una comunidad autónoma sin ratificación judicial y cuáles la exigirían, por entrar en conflicto con derechos fundamentales, evitando lo que estamos viviendo; y que permita poner en marcha medidas inmediatas y urgentes de cuarentena, limitación de movimientos o confinamiento para hacer frente a los cientos de rebrotes del COVID-19, que permita un sólido soporte legal a las comunidades para gestionar la etapa actual, y así evitar el caos regulatorio actual.

La pandemia de la COVID 19, ha supuesto un reto sanitario, pero también jurídico, sobre todo para los operadores jurídicos que observamos cómo diariamente se publicaban distintos textos normativos en nuestro BOE y en muchas ocasiones de espaldas al derecho sanitario.

La pandemia nos ha recordado que seguimos contando con lagunas legales en muchas materias, pero también que no podemos obviar posibles escenarios que nos va a dejar esta pande-

“

La pandemia nos ha recordado que seguimos contando con lagunas legales en muchas materias, pero también que no podemos obviar posibles escenarios que nos va a dejar esta pandemia y que tienen que ser igualmente legislados

”

mia y que tienen que ser igualmente legislados, por ejemplo; para el personal del sector salud que el contagio por COVID-19 sea reconocido como enfermedad profesional, la regulación de la telemedicina, en materia de vacunas ¿a quién vacunamos primero? o ¿la obligatoriedad de la mismas? O sabiendo de la existencia de un incremento de la litigiosidad secundario al COVID-19, porque no implementar sistemas alternativos de resolución de conflictos para evitar la judicialización de los mismos.

En definitiva, en una crisis sanitaria como la vida, el derecho sanitario adquiere un papel absolutamente esencial, pero igualmente es un momento idóneo, para modernizarnos y actualizarlos normativamente e ir dando respuesta a todas las lagunas legales existentes como aquellas que puedan plantearse en un escenario como el actual, pero siempre de la mano del derecho sanitario.

Directora Área Jurídico Contencioso del Bufete de
Lorenzo Abogados

odlorenzo@delorenzoabogados.es