

REPARTO COMPETENCIAL EN MATERIA SANITARIA Y ESTADO DE ALARMA EN ESPAÑA

M^a Isabel Álvarez Vélez

Profesora Propia Ordinaria de Derecho Constitucional

Facultad de Derecho (ICADE). Universidad Pontificia Comillas

Sumario: 1. MARCO DE PARTIDA. 2. EL REPARTO COMPETENCIAL EN MATERIA SANITARIA. 2.1. La competencia exclusiva estatal en materia sanitaria. 2.1.1. La sanidad exterior como competencia exclusiva del Estado. 2.1.2. Las bases de la sanidad como competencia estatal: legislación básica en materia sanitaria. 2.1.3. La coordinación general de la sanidad como competencia estatal. 2.2. El alcance de la competencia de las Comunidades Autónomas. 3. ESTADO DE ALARMA Y COMPETENCIAS SANITARIAS COMO TELÓN DE FONDO

1. MARCO DE PARTIDA

La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional declarando inconstitucional parte del Real Decreto del Gobierno que proclamó inicialmente el estado de alarma en marzo de 2020 en el supuesto de crisis sanitaria por la pandemia del coronavirus COVID-19 ha reabierto la polémica acerca de la utilización de ese recurso excepcional en los difíciles momentos que nos han tocado vivir. Recordemos que la declaración del estado de alarma entre unas cosas y otras se prolongó más de un año, en el que se adoptaron medidas especialmente polémicas: limitación de la libertad de circulación de las personas; requisas temporales y prestaciones personales obligatorias; medidas que se complementan por otras dirigidas a sectores específicos de la actividad productiva (tales como el educativo, el sanitario, el energético, el de los transportes, o el de la cultura) ...¹

¹ Recordemos que se prorroga el estado de alarma inicial declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, hasta el 12 de abril de 2020 por el Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo. La segunda prorroga se adoptará hasta el 26 de abril de 2020 por el Real Decreto 487/2020, de 10 de abril. La tercera prorroga durará hasta el 10 de mayo de 2020, según lo establece el Real Decreto 492/2020, de 24 de abril. La cuarta prorroga se declarará hasta el 24 de mayo de 2020, según el Real Decreto 514/2020 de 8 de mayo de 2020.

Muchas son las cuestiones, que en esta situación excepcional que nos está tocando vivir, afectan al mundo jurídico y, especialmente, a nuestro Estado constitucional. Centro esta comunicación, sin embargo, únicamente en una de esas cuestiones, la afectación de esa situación al reparto competencial en materia sanitaria.

Con carácter general, es evidente que los textos constitucionales incluyen disposiciones en las que se recogen los principios fundamentales de organización, principios, en los que se prevé el funcionamiento del Estado en momentos de normalidad, pues la norma no puede prever supuestos extraordinarios. Pero, además, los textos constitucionales también contienen previsiones para poder hacer frente a situaciones de anormalidad democrática, de tal manera que la Constitución regula determinada concepción de la realidad social, que se considera normal, y cuando este escenario cambia la Constitución ha de ser capaz de responder para garantizar igualmente su eficacia, pudiendo distinguir entre situaciones de normalidad y situaciones de excepcionalidad². Surge así el Derecho de excepción, con el que se pretende garantizar la supervivencia del Estado y de la Constitución, siendo así que es “absolutamente necesaria la existencia de estas normas para evitar que el Estado democrático, intentando defenderse frente a amenazas o ataques que persiguen su desestabilización o fractura, se autodestruya haciendo tambalear los pilares sobre los que se asienta el Estado de Derecho, esto es, el imperio de la Ley, la separación de poderes y el reconocimiento y garantía de los derechos y libertades de la ciudadanía”³. El Estado de Derecho, el cumplimiento de las normas, es uno de los pilares de todo sistema constitucional, por eso, debe ser defendido incluso en situaciones excepcionales. Además, esa excepción no debe ser entendida como “algo extraño al Estado de Derecho, sino como un mecanismo de carácter extraordinario que se necesita para su defensa”⁴.

La quinta prórroga será hasta el 7 de junio de 2020, en virtud del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo. Y finalmente la sexta prórroga se adoptará hasta el 21 de junio de 2020, en virtud del Real Decreto 555/2020, de 5 de junio. El segundo estado de alarma se declaró por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, hasta el 9 de noviembre de 2020, prorrogándose el 3 de noviembre por un periodo de seis meses por el Real Decreto 956/2020, hasta el 9 de mayo de 2021. Sobre algunos de estos Reales Decretos se ha pronunciado el Tribunal Constitucional a través de sus STC 148/2021, de 14 de julio y 183/2021, de 27 de octubre.

² CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid 1987, p. 17.

³ ABA CATOIRA, A., “El estado de alarma en España”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, 2011, p. 316.

⁴ GOIG MARTÍNEZ, J. M., “La defensa política de la Constitución y estados excepcionales (I)”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 4, 2009, p. 273.

Siguiendo lo que ha señalado el Consejo de Estado, a partir del momento en el que se produce la declaración de un estado de alarma, una situación de anormalidad constitucional, se origina una alteración en el reparto competencial ordinario, puesto que ambos órdenes de competencias no son alternativos ni excluyentes. Con la declaración del estado de alarma es el Gobierno la Autoridad competente, tal como señala la Ley Orgánica 4/1981, aunque por delegación de éste, se podrán conferir competencias al Presidente de la Comunidad Autónoma, supuesto que parece que solo podrá darse “cuando la declaración afecte a todo o parte del territorio de una Comunidad” (art. 7 Ley Orgánica 4/1981). A partir de aquí, nos encontramos que lo que sucedió es que la declaración del estado de alarma en 2020 no impidió que las autoridades sanitarias pudieran acordar, al amparo de la legislación sanitaria estatal o autonómica, otras medidas distintas de las acordadas por el Gobierno en dicha declaración. La Ley Orgánica 4/1981, prevé para los estados de alarma declarados con ocasión de una crisis sanitaria, 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” (art. 12 Ley Orgánica 4/1981). A partir de aquí podemos sacar dos consecuencias: en primer lugar, que, además de las medidas que ya se adoptaban en los decretos de declaración del estado de alarma, las autoridades sanitarias competentes, bien fueran estatales o autonómicas, podrían adoptar otras medidas al amparo de la legislación sanitaria; y en segundo lugar, que esas medidas tenían como límite ser compatibles con las previstas en los mencionados decretos, pues en caso contrario podrían incurrir en un vicio de inconstitucionalidad⁵.

Las medidas a las que nos estamos refiriendo son tanto a las señaladas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, como las señaladas en el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre y en las sucesivas prórrogas de uno y otro. Inicialmente se señalaba que “bajo la superior dirección del Presidente del Gobierno, serán autoridades competentes delegadas, en sus respectivas áreas de responsabilidad, la Ministra de Defensa, el Ministro del Interior, el Ministro de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana y el Ministro de Sanidad”.

⁵ Dictamen del Consejo de Estado de 22 de marzo de 2021, exp. núm. 213/2021.

En tiempos de normalidad sistema sanitario debe establecer unas condiciones mínimamente uniformes de protección de la salud de los ciudadanos a fin de asegurar la satisfacción del principio de igualdad. Y en el ámbito de la atención sanitaria el alcance del principio es claramente doble. En sentido formal, es necesario garantizar el acceso de todos los españoles a las prestaciones sanitarias en condiciones de igualdad sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social.

La relevancia del derecho reconocido en el art. 43 CE nos lleva a afirmar sin duda que “se trata de un derecho fundamental en la medida de la relación de dicho derecho con la dignidad de la persona, de manera que alguien a quien no alcanzara una protección de su salud en grado suficiente debería considerarse como tratado indignamente y obstaculizado gravemente en su desarrollo como persona”⁶.

En cualquier caso, el art. 43 CE no ha sido un precepto que haya supuesto una actividad relevante para el Tribunal Constitucional, puesto que no ha habido “preceptos legales que hayan sido declarados inconstitucionales por vulnerar el artículo 43 de la Constitución, sino que las situaciones de inconstitucionalidad por omisión que pueden detectarse no han encontrado cauces operativos de superación dentro de nuestro sistema institucional”⁷. No podemos decir lo mismo de los conflictos en relación con el reparto competencial, pues existe una numerosa jurisprudencia constitucional que incide sobre este tema. Efectivamente “algunas de las tensiones que en materia sanitaria se han suscitado entre el Estado y las Comunidades Autónomas han tenido su origen en una extralimitación del legislador estatal a la hora de determinar lo básico o en un incumplimiento de la legislación básica por el legislador autonómico”, por lo que el “Tribunal Constitucional

⁶ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., “Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico”, Fundación Alternativas, Documento de trabajo 89/2006, disponible en http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/xmlimport-x7vLy7.pdf, Madrid, 2006, p. 16.

⁷ PEMÁN GAVÍN, J. M^a, “El derecho constitucional a la protección de la salud. Una aproximación de conjunto a la vista de la experiencia de tres décadas de vigencia de la Constitución”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 34, 2009, p. 37.

ha intervenido en varias ocasiones para resolver el conflicto planteado, decidiendo si se ha respetado o no el ámbito de la ley básica”⁸.

2. EL REPARTO COMPETENCIAL EN MATERIA SANITARIA

2.1. La competencia exclusiva estatal en materia sanitaria

Visto el art. 43 CE y la referencia a los poderes públicos nos lleva a destacar que existe parte del derecho que es competencia estatal y otra parte del derecho que es competencia autonómica. No es sencilla esta cuestión, no solo por los términos constitucionales que se emplean, sino porque la complejidad nos obliga a ver diferentes matices con detenimiento. Además “durante estos meses, la protección de la salud ha adquirido una relevancia singular al erigirse en el bien jurídico que sirve de fundamento a la adopción de medidas limitadoras de otros derechos”⁹.

El reparto competencial en nuestra constitución es complejo lo que nos obliga, en primer lugar, a considerar los distintos tipos de competencias para determinar en qué posición encuadramos la materia sanitaria. Por una parte, nuestro texto constitucional enumera en el art. 149.1 CE las materias que son exclusivas del Estado, y en el art. 148 CE enumera las materias propias de las Comunidades Autónomas, que pueden comprender tanto la legislación como la ejecución y la ordenación administrativa. Como se ha señalado, “es un sistema heterogéneo, pues el art. 149.1 (el art. 148 es ya Derecho transitorio) utiliza una pluralidad de técnicas para delimitar las competencias que se reserva el Estado: asunción de la totalidad de la materia, reserva de facultades o potestades concretas (la legislación, la normativa básica), utilización de títulos competencias horizontales a favor del Estado, etc”¹⁰.

⁸ DELGADO DEL RINCÓN, L. E., “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre lo que es básico en materia de sanidad: centralización versus autonomía”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 23, 2016, p. 4.

⁹ DELGADO DEL RINCÓN, L.E., “Algunas consideraciones sobre el Derecho a la protección de la salud y el bien jurídico de la salud colectiva en tiempos de pandemia”, BIGLINO CAMPOS, P. y DURÁN ALBA, F., *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Zaragoza, 2020, p. 7.

¹⁰ ÁLVAREZ CONDE, E., “La legislación básica del Estado como parámetro de validez de la normativa autonómica”, *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 2, julio-diciembre 2004, p. 25.

Así, dentro de las materias exclusivas del Estado enumeradas en el art. 149.1 CE encontramos cuatro supuestos. En primer lugar, las materias en las que el Estado se reserva la fijación de las normas básicas y las Comunidades Autónomas pueden asumir, según sus Estatutos, la legislación complementaria y la ejecución. Este supuesto ha motivado importantes dificultades interpretativas y ha sido el Tribunal Constitucional el que ha ido aclarando y perfilando el concepto. En segundo lugar, las materias en las que el Estado se reserva la legislación, pudiendo las Comunidades Autónomas asumir la ejecución, según sus Estatutos. En tercer lugar, materias en las que el Estado se reserva la legislación y la dirección de los servicios y las Comunidades Autónomas la gestión. Finalmente, en cuarto lugar, materias concurrentes, en las que tanto el Estado como las Comunidades Autónomas pueden asumir la legislación y la ejecución.

Vistas estas cuatro posibilidades, la materia sanitaria se incluye en el art. 149.1.16ª CE en virtud del cual el Estado tiene competencia exclusiva “sobre la sanidad exterior”, sobre “las bases y coordinación general de la sanidad y sobre la legislación de productos farmacéuticos”. Tres grandes ámbitos, primero la sanidad exterior, segundo la legislación básica en sanidad y tercero la coordinación general de la sanidad. Hay otras dos competencias que dejamos al margen de este estudio: la legislación de productos farmacéuticos y la “Alta inspección” en sanidad, que supone un nuevo título competencial del Estado reconocido en los Estatutos de Autonomía.

Debemos acotar claramente los tres primeros ámbitos, pues además hay que tener en cuenta que, en estas materias, como recuerda el Tribunal Constitucional, el Estado tiene competencia para la “regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos” (art. 149.1.1ª CE), lo que obliga a los poderes públicos, y, en particular, al Estado, a asegurar la igualdad en las condiciones básicas de protección de la salud en todo el territorio nacional. Este título competencial ha sido utilizado por Tribunal como elemento de referencia para interpretar el contenido de los títulos competenciales del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia sanitaria¹¹.

¹¹ En el derecho a la salud del artículo 43 CE cabe distinguir tres ámbitos. En primer lugar, el derecho a la salud como derecho de todo ciudadano a las prestaciones sanitarias del Estado. En segundo lugar, derecho a la salud como posición subjetiva en relación con la actividad desarrollada por los poderes públicos para proteger la salubridad física (sanidad ambiental, alimenticia, veterinaria, farmacéutica...). Y, en tercer lugar, el derecho de la salud como derecho individual a que nadie lo vea amenazado por ACCIONES externas

Igualmente, el art. 158.1 CE se refiere a la “garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español”, precepto que al igual que supone el art. 149.1.1ª CE “contiene un título general”, que se refiere a una categoría de alcance difícilmente determinable, ya se la considere como presupuesto, límite o exigencia” y que en su caso comprende “un título transversal que, en lo que tiene de tope del Derecho autonómico -considerado negativamente- o de determinación de las facultades esenciales de actuación del Estado central -considerado positivamente-, posee una evidente significación autonómica”¹². Veamos brevemente dos de los ámbitos de la competencia estatal a los que hacíamos referencia y que interesan a nuestro estudio: la sanidad exterior y las bases y coordinación general de la sanidad

2.1.1. La sanidad exterior como competencia exclusiva del Estado

Queda claro según el precepto constitucional que al Estado le compete las cuestiones referidas a la sanidad exterior entendiendo que “tiene por objetivo la vigilancia, prevención y eliminación de riesgos para la salud con ocasión del tráfico internacional de personas, mercancías, animales y especies vegetales a través de determinados lugares del territorio nacional, como es el caso de los puertos, aeropuertos y puestos fronterizos autorizados. Y al servicio de este objetivo de protección de la salud se hallan distintas medidas preventivas, asistenciales y prestacionales (art. 45.1 y 2 C.E.) que los servicios sanitarios del Estado pueden adoptar respecto a personas y bienes [...], en coordinación con los otros departamentos de la Administración.

Los controles sanitarios en fronteras, establecidos con el objetivo de retrasar la entrada del virus pandémico en España, constituyen una de las actividades propias de las fases de contención de la enfermedad. Su puesta en práctica como estrategia de salud pública en respuesta a epidemias es responsabilidad de la Dirección General de Salud Pública,

realizadas desde lo público o lo privado: SANZ LARRUGA, F. J., “Las competencias del Estado, Comunidades Autónomas y corporaciones locales en materia sanitaria”, en SANZ LARRUGA, F. J. y GÓMEZ Y DÍAZ-CASTROVERDE, J. M. (Dir.) y JUANE SÁNCHEZ, M. (Coord.), *Lecciones de Derecho sanitario*, Universidad de la Coruña, 1999, p. 107.

¹² SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., “Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico”..., cit., p. 8.

Calidad e Innovación, dentro de la Secretaría General de Sanidad y Consumo del Ministerio de Sanidad Consumo y Bienestar Social.

No cabe duda de que en todas estas cuestiones la competencia es exclusiva del Estado y, así, el Tribunal Constitucional ha afirmado que la competencia para establecer un cordón sanitario en las fronteras por existir una epidemia y para evitar que entre la enfermedad en el territorio español corresponde en exclusiva al Estado, que es el responsable de evitar así que se propague esa epidemia¹³. Igualmente, el art. 38.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad especifica que “son actividades de Sanidad Exterior todas aquellas que se realizan en materia de vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud derivados de la importación, exportación o tránsito de mercancías, y del tráfico internacional de viajeros”.

2.1.2. Las bases de la sanidad como competencia estatal: legislación básica en materia sanitaria

Como señala el Tribunal Constitucional “es preciso aclarar, en primer lugar, que cuando el art. 149.1.16ª CE se refiere a la competencia estatal para fijar las bases y realizar la coordinación general de la “sanidad”, este último vocablo hay que entenderlo referido a la “*sanidad interior*”, por exclusión con el de “*sanidad exterior*” que previamente es utilizado en ese mismo apartado”¹⁴.

En relación con el concepto de “bases” nuestra doctrina constitucional ha venido sosteniendo que por tales han de entenderse los principios normativos generales que informan u ordenan una determinada materia, constituyendo el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional. Las bases de la sanidad (interior) comprenden además de las normas que establecen el diseño fundamental del sistema sanitario general, las actuaciones de carácter ejecutivo, siempre que estén previstas con anterioridad y con especificación de su carácter de básico. Así vemos que en nuestro ya de por sí complejo modelo autonómico se introduce el concepto de legislación básica, susceptible de diferentes interpretaciones y que ha sido uno de los aspectos más

¹³ STC 192/1990, de 29 de noviembre, F. J. 3.

¹⁴ STC 32/1983, de 28 de abril, F. J. 2.

controvertidos en las relaciones Estado-Comunidades Autónomas. Ciertamente es que la mayor parte de la doctrina entiende que “la legislación básica, tal como ha sido interpretada por la jurisdicción constitucional, ha fracasado como técnica de delimitación de competencias en el Estado autonómico diseñado por la Constitución de 1978”¹⁵. A esta situación se une el hecho de que en el reparto competencial la Constitución utiliza expresiones como “legislación básica”, “normas básicas” y “bases”, que no define, lo que ha exigido que sea el Tribunal Constitucional el que deba decidir en cada caso concreto.

Hay dos perspectivas sobre lo básico, la material y la formal. La perspectiva material supone que “lo básico es el común denominador normativo que, ofreciendo una regulación uniforme, esencial y directamente aplicable, protege el interés general”, mientras que la perspectiva formal es la “que el legislador define como tal, con independencia de su naturaleza, la importancia de sus contenidos, o aquello que pretenda asegurar”¹⁶. La perspectiva formal exige que la norma básica del Estado debe venir incluida en una Ley votada en las Cortes Generales que se designe como normativa básica o que esté dotada de una estructura de la cual se infiera ese carácter. De esta manera existirá para las Comunidades Autónomas certidumbre jurídica para asegurar pueden conocer cuál es el marco básico al que deben someter su competencia de desarrollo legislativo y ejecución.

Así lo ha venido señalando el Tribunal Constitucional al entender que “lo básico es, de esta forma, lo esencial, lo nuclear, o lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, la competencia asumida en

¹⁵ ARZOZ SANTISTEBAN, X., “¿Reforma o abandono de la legislación básica como técnica de delimitación de competencias?”, *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 23, abril 2016, p. 2.

¹⁶ REQUEJO RODRÍGUEZ, P., “Rango normativo y legislación básica (A propósito de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno al principio de preferencia de ley)”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 4, 1998, p. 448. Señala la autora también las siguientes obras de consulta sobre estas dos perspectivas: MUÑOZ MACHADO S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, Civitas, 1982, pp. 421 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA E., *Estudios sobre autonomías territoriales*, Civitas, 1985, pp. 310 y ss.; AJA E., TORNOS J., FONT T., PERULLES J. M., ALBERTÍ, E., *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Tecnos, 1985, pp. 146; DE OTTO, I., *Estudios sobre Derecho estatal y autonómico*, Civitas, 1986, pp. 109 y ss.; JIMÉNEZ CAMPO J., “¿Qué es lo básico?. Legislación compartida en el Estado Autonómico”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 27, 1989, pp. 44, 53 y ss.; TORNOS J., “La legislación básica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 31, 1991, pp. 275 y ss.

su Estatuto”¹⁷. De esta manera se combina lo que competencia estatal en lo básico en sanidad con lo que es la asunción por las Comunidades Autónomas de competencias en materia de sanidad (art. 148.1.21ª CE).

Esa regulación uniforme pasa por la previa definición de un modelo sanitario (en nuestro caso, el legislador estatal ha optado por un modelo asistencial de financiación pública) y, en consecuencia, comprende la determinación de las siguientes decisiones¹⁸:

- 1) la definición de “los beneficiarios de las prestaciones sanitarias”;
- 2) el catálogo y el contenido “de dichas prestaciones” y “sus modalidades” (las denominadas por la Ley carteras comunes de servicios: básicas, suplementarias y de servicios accesorios); y
- 3) “el sistema de financiación de la sanidad y, por tanto, la modalidad de financiación aplicable a las diferentes prestaciones sanitarias”.

Todas estas cuestiones se abordan en la norma básica en materia sanitaria la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en adelante LGS), teniendo también en cuenta aspectos que debemos resaltar de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

La LGS tiene según ella misma señala “condición de norma básica en el sentido previsto en el art. 149.1.16 de la Constitución”, añadiendo que “las Comunidades Autónomas podrán dictar normas de desarrollo y complementarias de la presente Ley en el ejercicio de las competencias que les atribuyen los correspondientes Estatutos de Autonomía” (art. 2 LGS). Pero, aunque la LGS tiene la condición de norma básica, no lo es en lo que se refiere al desarrollo de las funciones de inspección: pruebas, investigaciones, exámenes y toma de muestras. Por otro lado, tampoco es básico lo que se refiere a la organización, funcionamiento y gestión de las áreas de salud. Asimismo, la LGS prevé que “las Comunidades Autónomas deberán organizar sus Servicios de Salud de acuerdo con los principios básicos de la presente Ley” (art. 49 LGS).

¹⁷ SSTC 1/1982, de 28 de enero, F. J. 1; 69/1988, de 19 de abril, F. J. 5; 102/1995, de 26 de junio, FF. JJ. 8 y 9; 197/1996, de 28 de noviembre F. J. 5; 223/2000, de 21 de septiembre, F. J. 6; 188/2001, de 20 de septiembre, F. J. 8; 126/2002, de 23 de mayo, F. J. 7; 24/2002, de 31 de enero, F. J. 6; 37/2002, de 14 de febrero, F. J. 9; y 1/2003, de 16 de enero, F. J. 8, entre otras.

¹⁸ SSTC 136/2012, F. J. 5 y 71/2014, F. J. 7.

En suma, en materia de sanidad, a través de las bases del art. 149.1.16ª CE, “la Constitución no sólo atribuye al Estado una facultad, sino que le exige que preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, eso sí, sin perjuicio, bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias ... dirigidas, en su caso, a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado, bien de las propias competencias de gestión o de financiación que sobre la materia tengan conforme a la Constitución y a los Estatutos”¹⁹.

Cierto es que “en los últimos años, puede constatarse cómo el Estado ha invocado estos títulos, en particular, el relativo a la competencia de fijación de las bases de la sanidad, para reformar la legislación sanitaria y reducir considerablemente el margen de actuación de las Comunidades Autónomas para establecer políticas propias en la materia sanitaria. Algunas de las reformas sanitarias, llevadas a cabo por el legislador estatal mediante legislación básica, lejos de tratar de garantizar una uniformidad normativa, un común denominador normativo, revelan una finalidad claramente recentralizadora del Estado, limitando a las Comunidades Autónomas la facultad de ampliar el mínimo común normativo estatal mediante políticas propias”²⁰.

Por otra parte, el desarrollo del ámbito básico en materia de salud está plasmado en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (en adelante LGSP). Según el art. 1 LGSP “tiene por objeto establecer las bases para que la población alcance y mantenga el mayor nivel de salud posible a través de las políticas, programas, servicios, y en general actuaciones de toda índole desarrolladas por los poderes públicos, empresas y organizaciones ciudadanas con la finalidad de actuar sobre los procesos y factores que más influyen en la salud, y así prevenir la enfermedad y proteger y promover la salud de las personas, tanto en la esfera individual como en la colectiva.”.

¹⁹ SSTC 98/2004, de 25 de mayo F. J. 7; 22/2012, de 16 de febrero, F. J. 3 y 136/2012, de 19 de junio, F. J. 5.

²⁰ DELGADO DEL RINCÓN, L. E., op. cit., p. 22-23.

Se entiende por salud pública “el conjunto de actividades organizadas por las Administraciones públicas, con la participación de la sociedad, para prevenir la enfermedad, así como para proteger, promover y recuperar la salud de las personas, tanto en el ámbito individual como en el colectivo y mediante acciones sanitarias, sectoriales y transversales”.

También enumera la LGSP los principios que en relación con la salud se exige tanto a las Administraciones públicas y los sujetos privados. En primer lugar, el principio de equidad, que supone que las políticas, planes y programas que tengan impacto en la salud de la población promuevan la disminución de las desigualdades sociales en salud e incorporen acciones sobre sus condicionantes sociales, incluyendo objetivos específicos al respecto. Así, “de manera genérica, la equidad indica que la asignación de recursos sanitarios tenga en cuenta diferencias relevantes entre los destinatarios, sin incurrir en formas de discriminación que agraven las desigualdades ya existentes”²¹.

En segundo principio es el de salud en todas las políticas²². Las actuaciones de salud pública tendrán en cuenta las políticas de carácter no sanitario que influyen en la salud de la población, promoviendo las que favorezcan los entornos saludables y disuadiendo, en su caso, de aquellas que supongan riesgos para la salud.

El tercer principio es el de pertinencia. Las actuaciones de salud pública atenderán a la magnitud de los problemas de salud que pretenden corregir, justificando su necesidad de acuerdo con los criterios de proporcionalidad, eficiencia y sostenibilidad. Utilizando este principio se conseguirá un “mejor aprovechamiento de los medios, es decir, en llegar a los mejores resultados con la menor inversión de recursos”²³.

El cuarto principio será el de precaución. La existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre

²¹ LÓPEZ DE LA VIEJA, M. T. y RODRÍGUEZ-ARIAS VAILHEN, D., “Emergencia sanitaria: dos marcos de deliberación”, *Enrahonar: an international journal of theoretical and practical reason*, núm. 65, 2020, p. 40.

²² Sobre este principio puede consultarse BORRELL, C. y MALMUSI, D., “La investigación sobre los determinantes sociales y las desigualdades en salud: evidencias para la salud en todas las políticas. Informe SESPAS 2010”, *Gaceta Sanitaria*, núm. 24-1, 2010, pp. 101-108.

²³ LÓPEZ DE LA VIEJA, M. T. y RODRÍGUEZ-ARIAS VAILHEN, D., *op. cit.*, p. 41.

científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurran²⁴.

Son también esenciales, en quinto y sexto lugar, los principios de evaluación y de transparencia. Las actuaciones de salud pública deben evaluarse en su funcionamiento y resultados, con una periodicidad acorde al carácter de la acción implantada y además actuaciones de salud pública deberán ser transparentes.

Y finalmente en séptimo y octavo lugar los principios de integralidad y de seguridad. Las actuaciones de salud pública deberán organizarse y desarrollarse dentro de la concepción integral del sistema sanitario y se llevarán a cabo previa constatación de su seguridad en términos de salud.

En relación con el título competencial de seguridad pública el Tribunal ha declarado que en “una crisis sanitaria pueda amenazar la seguridad pública y justificar, en consecuencia, una intervención de las autoridades a las que corresponda su custodia. Incluso es de recordar que crisis sanitarias tales como epidemias y situaciones de contaminación graves pueden motivar la declaración del estado de Alarma (LO 4/1981, de 1 de junio, art. 4. B). Sin llegar a semejante extremo no cabe excluir la posibilidad de que, en aras de la protección de los ciudadanos, la Seguridad Pública requiera tomar medidas para atajar riesgos de la salud pública, cuando esas medidas vengan impuestas por razones de necesidad y urgencia, de forma que no pueda esperarse a la actuación de las autoridades normalmente competentes para afrontar tales riesgos. Pero para respetar el orden normal de las competencias es preciso no sólo que esas medidas se justifiquen por su urgencia y necesidad, sino que se adopten en forma que no sustituyan más que en lo indispensable la intervención de las autoridades competentes para la acción sanitaria o ayuden y complementen a la actividad de éstas”²⁵.

²⁴ “El principio general de precaución se ha erigido desde hace algunas décadas en norma vertebradora e inspiradora de la actual regulación sobre gestión de riesgos, especialmente en contextos de incertidumbre. Sin embargo, su incorrecta interpretación y un fundamento erróneo de la norma han hecho que el Parlamento se vea cada vez más relegado en la lucha frente al riesgo, hasta hacerla descansar casi exclusivamente en el Poder Ejecutivo”: SÁNCHEZ BARROSO, B. “El papel del parlamento en la gestión ordinaria de riesgos. Un análisis a la luz del «principio de precaución»”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 110, 2021, p. 315. Para un estudio en profundidad de dicho principio puede consultarse SÁNCHEZ BARROSO, B., *El principio de precaución en España*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2021.

²⁵ STC 33/1982, de 8 de junio, F. J. 3.

2.1.3. La coordinación general de la sanidad como competencia estatal

El tercer ámbito al que hace referencia el art. 149.1.16ª CE es a la coordinación general de la sanidad. Sobre este tema, el Tribunal ha efectuado las siguientes precisiones: “En primer lugar, es una competencia distinta a la de fijación de bases; en segundo término, la competencia de coordinación general presupone lógicamente que hay algo que debe ser coordinado, esto es, presupone la existencia de competencias de las Comunidades en materia de Sanidad, competencia que el Estado, al coordinarlas, debe obviamente respetar; por otro lado, la coordinación general, por su propio carácter, incluye a todas las instituciones territoriales en la medida en que tengan competencias en materia sanitaria y, por tanto, a las corporaciones locales; además, la competencia estatal de coordinación general significa no sólo que hay que coordinar las partes o subsistemas del sistema general de sanidad, sino que esa coordinación le corresponde hacerla al Estado; por último la coordinación general debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario”²⁶.

Con arreglo a este planteamiento, el Tribunal ha declarado que la fijación de la periodicidad de las inspecciones autonómicas de los establecimientos sanitarios “constituye una manifestación de la función de coordinación general atribuida al Estado en materia sanitaria [...pues] es una norma de seguridad que trata de establecer un criterio común de control o de evaluación de la eficacia en todo el Estado con la finalidad de garantizar que los establecimientos autorizados cumplen los requisitos [previstos legalmente] aplican las medidas de control de calidad exigidos”. Como también lo es, pero por lo mismo, “la fijación por la norma estatal de un sistema de información entre los distintos órganos con competencia en materia [de trasplantes], pues sólo así la Organización Nacional de Trasplantes puede cumplir con su función de coordinar las

²⁶ SSTC 32/1983, de 28 de abril, F. J. 2; 42/1983, de 20 de mayo, F. J. 3; 147/1996, de 19 de septiembre, F. J. 7; 22/2012, de 16 de febrero, F. J. 3; 58/2015, de 18 de marzo, F. J. 6.

actividades de donación, extracción, preservación, distribución y trasplante de órganos, tejidos y células en el conjunto del sistema sanitario español”²⁷.

Encuentran asimismo amparo en el art. 149.1.16ª CE las facultades estatales que tienen por único objeto la coordinación de una información compleja, dirigida a verificar y acreditar la situación individual de los sujetos y su inserción en alguno de los supuestos específicos que permiten el acceso a las correspondientes prestaciones sanitarias; esto es, la concurrencia y permanencia de los requisitos legales habilitantes, que les permiten a cada uno de ellos ser titulares, en su condición de asegurado o beneficiario, de la tarjeta sanitaria individual²⁸.

El desarrollo estatal de la “coordinación general” se realiza a través de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (en adelante LCCSNS) cuyo art. 1 señala, que su objeto es el establecimiento del “marco legal para las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones Públicas Sanitarias, en el ejercicio de sus respectivas competencias”. También el art. 70 LGS establece principios de cooperación pues obliga a que el Estado y las Comunidades Autónomas aprobarán planes de salud en el ámbito de sus respectivas competencias, en los que se preverán las inversiones y acciones sanitarias a desarrollar, anual o plurianualmente.

Tales funciones de coordinación y supervisión quedan legalmente atribuidas a la Administración General del Estado a través de la LCCSNS, promulgada con la finalidad de dotar de coherencia a todo el sistema y “asegurar a los ciudadanos el derecho a la protección de la salud, con el objetivo común de garantizar la equidad, la calidad y la participación social en el Sistema Nacional de Salud” como señala su Exposición de Motivos. Señala SOLOZÁBAL que “lo que la cohesión busca es, partiendo de cierta homogeneidad de las unidades asistenciales, una integración de los entes administrativos que conforman el servicio de salud y un mismo nivel de las prestaciones para todos los ciudadanos, con independencia del territorio autonómico en el que viven o, más precisamente, en el que reciban la asistencia”²⁹.

²⁷ STC 22/2012, de 16 de febrero, F. J. 9.

²⁸ SSTC 33/2017, de 1 de marzo, F. J. 4; y 97/2017, de 17 de julio, F. J. 4.

²⁹ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., “Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico”..., cit., p. 8.

Para ello, la Ley define los ámbitos en los que se precisa la colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que hace referencia a las prestaciones del servicio nacional de salud, la farmacia, los profesionales, la investigación, el sistema de información sanitaria, la calidad, y sobre las actuaciones coordinadas en materia de salud pública, la participación social y la regulación del Consejo Interterritorial³⁰.

Institucionalmente, la coordinación de la política sanitaria se lleva a cabo a través de un órgano, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, regulado en la LCCSNS. Es importante señalar que el “Consejo Interterritorial no es una Conferencia Sectorial, un lugar de encuentro entre Gobierno central y Comunidades Autónomas para tratar de articular fórmulas de colaboración”, es “un órgano de la Administración central en el que se concreta la función de coordinación que pertenece al Estado”, por lo que es esencial tener en cuenta que “puede ejercer funciones propias de coordinación que no podrían atribuirse a una Conferencia Sectorial”³¹.

2.2. El alcance de la competencia de las Comunidades Autónomas

El art. 148.1.21^a CE reconoce que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de “sanidad e higiene”. A partir de lo dispuesto en este precepto se aceptó la diferenciación entre la materia propia de salud pública, asumible por todas las Comunidades Autónomas, y la competencia en materia de asistencia sanitaria, que en la medida en que se entendía formaba parte de la Seguridad Social, sólo podía ser asumida por las Comunidades Autónomas del primer nivel que en sus Estatutos hubieran hecho referencia a la ejecución de los servicios propios de la Seguridad Social, pues en un primer momento la competencia señalada en este apartado del art. 148. 1 “obligan a interpretar que se trata de las competencias sanitarias no vinculadas al sistema de Seguridad Social”³².

³⁰ Vid. sobre estos temas SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, A., “La Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud: nuevo intento de coordinación”, *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, vol. 5, núm. 3, pp. 427-433.

³¹ TORNOS MAS, J., “Sistema de Seguridad Social versus Sistema Nacional de Salud”, *Derecho y salud*, Vol. 10, núm. 1, 2002, p. 10.

³² COBREROS MENDAZONA, E., op. cit., p. 298.

El traspaso de funciones y servicios a las Comunidades Autónomas comenzó en el año 1981 con Cataluña y concluyó en el año 2001³³. Obtenidas estas competencias se procedió, en marzo de 1994, a realizar las correspondientes reformas de los Estatutos, con la finalidad de incorporar las competencias conferidas en virtud de lo preceptuado en la mencionada Ley Orgánica³⁴. Señala ARAGÓN que “se produjo, así, un acercamiento muy próximo a la igualdad competencial de las Comunidades de segundo grado con las de primer grado, igualdad que, sustancialmente, se culminaría con las posteriores reformas de Estatutos aprobadas entre 1996 y 1999, siempre con el consenso de los dos grandes partidos nacionales”³⁵.

Con esta segunda fase del proceso autonómico quedó prácticamente homogeneizado el mapa autonómico tanto en lo que se refiere a las competencias como en lo que se refiere a la organización institucional, en todos los casos tendentes a aproximar el modelo autonómico al estatal, y en su caso, “todas las Comunidades Autónomas se han fijado en los progresos de las más adelantadas para imitarlos sin ninguna contemplación”³⁶.

³³ En primer lugar, se traspasó a Cataluña, Real Decreto 1517/1981, de 8 de julio, después a Andalucía, mediante Real Decreto 400/1984, de 22 de febrero, a País Vasco, a través del Real Decreto 1536/1984, de 6 de noviembre, y finalmente a Valencia, por el Real Decreto 1612/1987, de 27 de noviembre. Las siguientes Comunidades en recibir los traspasos fueron Navarra, Real Decreto 1680/1990, de 28 de diciembre, y Galicia, Real Decreto 1679/1990, de 28 de diciembre. Además, se aprueba la LO 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del art. 143 CE. Según el artículo 4 c) de la Ley Orgánica, las Comunidades de Asturias, Cantabria, La Rioja, Región de Murcia, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Madrid y Castilla y León, asumen competencias de ejecución en Gestión de las prestaciones y servicios sociales del Sistema de Seguridad Social: INSERSO; y según el 4 g) en Productos farmacéuticos. Finalmente, en esta primera etapa Canarias, recibiría el traspaso a través del Real Decreto 446/1994, de 11 de marzo.

³⁴ Así se reforman los Estatutos del Principado de Asturias (LO 1/1994, de 24 de marzo), Cantabria (LO 2/1994, de 24 de marzo), La Rioja (LO 3/1994, de 24 de marzo), Murcia (LO 4/1994, de 24 de marzo), Aragón (LO 6/1994, de 24 de marzo), Castilla- La Mancha (LO 7/1994, de 24 de marzo), Extremadura (LO 8/1994, de 24 de marzo), Islas Baleares (LO 9/1994, de 24 de marzo), Madrid (LO 10/1994, de 24 de marzo) y Castilla y León (LO 11/1994, de 24 de marzo). A estas reformas se suma también la del Estatuto de la Comunidad Valenciana (LO 5/1994, de 24 de marzo) que derogaba las disposiciones transitorias primera y segunda del Estatuto relativas a la convalidación competencial provisional e incluía una Disposición Adicional Tercera en la que se establecía que “todas las competencias atribuidas por el presente Estatuto quedan incorporadas a él plenamente, asumiéndose con carácter estatutario por la Generalitat Valenciana”.

³⁵ ARAGÓN REYES, M., “La construcción del Estado autonómico”, *Revista General de Derecho Constitucional*, iustel.com, núm. 1, junio 2006, pp. 9-10.

³⁶ MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, BOE, Tomo III, Madrid, 2009, p. 138.

En definitiva, las transferencias de servicios sanitarios a las Comunidades Autónomas se han efectuado en torno a tres bloques fundamentales³⁷:

- 1º. Transferencias de las funciones de la Administración Pública del Estado en materia de higiene y sanidad pública.
- 2º. Transferencia de los centros asistenciales distintos a los de la Seguridad Social y ubicados en dichas Comunidades.
- 3º. Transferencia de los centros asistenciales de la Seguridad Social (integrados en el Instituto Nacional de la Salud).

En este sentido, las Comunidades Autónomas tienen competencias en el desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior e higiene, así como en la gestión de estas competencias, en la ordenación y establecimientos farmacéuticos, en lo relativo a la ejecución de la legislación del Estado en los productos farmacéuticos y, por último, en las instituciones, servicios sanitarios y en lo que se refiere a la coordinación hospitalaria.

Las Comunidades tienen las competencias en la materia en virtud de lo establecido en los respectivos Estatutos de Autonomía, pero teniendo en cuenta que el art. 49 LGS prevé que cada Autonomía organice sus Servicios de Salud -uno por cada Comunidad-, que conforme a un “sistema sanitario coordinado e integral” (art. 56 LGS), a través de demarcaciones territoriales, denominadas “áreas de salud” (cfr. arts. 56-69 LGS). Para la constitución de estas demarcaciones la LGS impone unas pautas organizativas, que pueden resumirse en la determinación de una estructura desconcentrada, que permita la participación de las Corporaciones Locales y de los ciudadanos en su dirección.

El sistema se completa con las siguientes dos reglas. La primera, establece que las decisiones y actuaciones públicas previstas en la LGS, que no se hayan reservado expresamente al Estado, se entenderán atribuidas a las comunidades autónomas. La segunda, establece que el Derecho estatal será, en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades Autónomas. Asimismo, hemos ya señalado como el art. 43 CE reconoce “el derecho a la protección de la salud”, y compromete a los poderes públicos a la prestación de los servicios necesarios para que sea factible el cumplimiento de dicha

³⁷ SANZ LARRUGA, F. J., op. cit., p. 110.

protección. Sin embargo, como todas las cláusulas que conforman un Estado social, su eficacia radica en una labor normativa y una gestión pública capaces de instrumentar adecuadamente los mandatos constitucionales.

Finalmente, vuelve a ponerse en cuestión la aplicación del principio de solidaridad. Este principio, de claras interpretaciones sociales y económicas, supone el respeto de las Comunidades, de sus propias identidades y conlleva la consecuencia de integrar una comunidad superior que es la nación española. Es evidente que el principio es ciertamente ambiguo y complicado de realización, puesto que supone que, sin desconocer la existencia e importancia de los intereses propios de cada Comunidad, es superior el interés general, el bienestar común de todos ciudadanos, que debe ser debidamente respetado por el actuar de las Comunidades³⁸.

La existencia de hechos diferenciales en las Comunidades Autónomas sólo nos aporta un dato de carácter sociológico que adquiere magnitud si se pretende convertir en diferenciación con relevancia jurídica, pues esto nos aparta de la consecución del principio de solidaridad. Lamentablemente, estamos asistiendo a un “predominio de la bilateralidad como forma habitual de entender y configurar las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas” con el grave peligro de fragmentación³⁹.

3. ESTADO DE ALARMA Y COMPETENCIAS SANITARIAS COMO TELÓN DE FONDO

Hemos visto que la Constitución prevé previsiones para poder hacer frente a situaciones de anormalidad democrática. Un ejemplo paradigmático de ello es el estado de alarma. Sin embargo, que dicho estado sea la principal figura regulada por nuestro ordenamiento constitucional para afrontar jurídicamente contextos como el de una pandemia no significa que haya de ser la única y, en el mismo sentido, que siempre y en cualquier momento de la pandemia esté justificado acudir a su declaración. El estado de alarma, por

³⁸ ALONSO DE ANTONIO, J. A., *El Estado Autonomo y el principio de solidaridad como colaboración legislativa.*, Madrid, 1986., pg. 379.

³⁹ CONTRERAS CASADO, M., “Las reformas de los Estatutos de Autonomía. Viejos y nuevos tiempos en la construcción del Estado autonómico”. *Anuario jurídico de la Rioja*, núm. 11. 2006. pg. 28.

la alteración sustancial de la organización del poder y de las garantías de los derechos que supone, debe ser utilizado con cautela y como último recurso.

No cabe duda alguna que la “declaración del Estado de alarma supone «el desplazamiento del Derecho autonómico», consecuencia de la centralización y la subordinación de las autoridades autonómicas” y así “el Derecho autonómico, no importa su rango, queda desplazado como consecuencia de la declaración y no por la operación de la cláusula de prevalencia: «no estamos ante un conflicto competencial»”⁴⁰.

Con la declaración del Estado de alarma se han planteado algunas dudas acerca de si se ha alterado el marco de competencias en materia sanitaria, atribuyéndose el Estado, al amparo de la facultad extraordinaria que el art. 116 CE le atribuye, todas o algunas de las competencias sanitarias que, de conformidad con la previsión contenida en el art. 148.1.21^a CE corresponden a las Comunidades Autónomas y esa asunción ha ido más allá de las bases y coordinación general de la sanidad según lo dispuesto en el art. 149.1.16^a CE.

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, fundamenta la declaración de tal estado en que la Organización Mundial de la Salud (OMS) en fecha 11 de marzo de 2020 considera la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19 como pandemia internacional. Y añade la misma Exposición de Motivos que el fin de las medidas previstas en la norma se encuadran en la acción decidida del Gobierno para proteger la salud y seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública. Así, considera que las medidas temporales de carácter extraordinario que ya se han adoptado por todos los niveles de gobierno deben ahora intensificarse sin demora para prevenir y contener el virus y mitigar el impacto sanitario, social y económico. Es decir, de dicho texto se deduce que el Estado asume un papel protagonista en defensa de la salud de los españoles y que, a través de dicha centralización de las facultades, se pretende intensificar la lucha contra la pandemia. Así lo que se produjo fue que “todas las Comunidades Autónomas dictaron también

⁴⁰ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J., “El estado de alarma y el Derecho de crisis en nuestro sistema constitucional” *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. Extra. 2, 2021, p. 25.

decretos, órdenes de consejería o resoluciones en los que se reproducía el mandato estatal”, y aunque “en muchos casos, la reproducción del mandato estatal es literal” en “otros casos, se introdujo alguna excepción adicional”⁴¹.

Así pues, en el ámbito competencial, puede considerarse que una de las características del Derecho de necesidad es que se modifican, como pauta general, las reglas normales de reparto de competencias, procediéndose en los casos verdaderamente severos a su concentración en manos de una autoridad ejecutiva, es decir, en el Gobierno de la Nación. Esta centralización, al margen de las normas concretas por las que se declare el estado de alarma, tiene como justificación la búsqueda de una unidad tanto de decisión política como de gestión administrativa que haga lo más eficaz y coordinada posible la lucha contra la crisis⁴².

El estado de alarma, aunque lo declara el Gobierno de España, no implica la centralización de todo el poder público en el propio Gobierno, ni tampoco la exclusión de las Comunidades Autónomas, ya que, el poder público en situación de alarma se ejerce a través de la Constitución, no al margen de ella. Así lo recuerda expresamente el art. 1.4 Ley Orgánica 4/1981 dispone que la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio no interrumpe el normal funcionamiento de los poderes del Estado, entre los que hay que incluir a los poderes autonómicos. Los títulos competenciales autonómicos no quedan directamente alterados por la situación de alarma, si bien el ejercicio ordinario de esas competencias queda parcialmente afectado.

A la vista de la realidad, necesario es recordar que entre otras cuestiones que hemos ido comentando, el estado de alarma supone, por su propia naturaleza y al margen de las disposiciones que se dicten en su declaración y desarrollo, una alteración y centralización de las competencias de las Comunidades Autónomas en favor del Estado. Tal centralización entendemos que puede extenderse tanto como lo exija el supuesto de hecho que haya determinado la declaración del estado de alarma, y siempre que se respete el

⁴¹ VELASCO CABALLERO F. y LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., “Distribución territorial del poder durante la pandemia”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. Extra. 2, 2021, p. 70.

⁴² ÁLVAREZ GARCÍA, V., “El coronavirus (COVID-19) respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 86-87: Dedicado a Coronavirus y otros problemas, 2020, p.16.

principio de proporcionalidad, dado que la regulación del estado de alarma sólo impone límites expresos en el ámbito de los derechos y libertades, lo que no hace respecto de la asunción de competencias de las Comunidades Autónomas por el Estado.

Tal centralización entendemos que puede extenderse tanto como lo exija el supuesto de hecho que haya determinado la declaración del estado de alarma, y siempre que se respete el principio de proporcionalidad, dado que la regulación del estado de alarma sólo impone límites expresos en el ámbito de los derechos y libertades, lo que no hace respecto de la asunción de competencias de las Comunidades Autónomas por el Estado. Y que las competencias en materia sanitaria siempre concurrirían el Estado y las Comunidades Autónomas en la gestión del estado de alarma, aunque con una posición prevalente siempre de aquél. De hecho, las Comunidades Autónomas tienen un deber especial de colaboración y cooperación en la superación del supuesto de hecho causante del estado de alarma, de manera que el ejercicio de sus competencias debe sujetarse siempre a dicho deber.

En relación con las competencias en materia de sanidad, resulta de interés destacar lo que también dispone el art. 12 del Real Decreto 463/2020, relativo a las medidas dirigidas a reforzar el Sistema Nacional de Salud en todo el territorio nacional. En el párrafo primero de dicho precepto, se establece que todas las autoridades civiles sanitarias de las administraciones públicas del territorio nacional, así como los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas del Ministro de Sanidad en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza. Así pues, el Ministro de Sanidad asume la función de dirección del personal de las autoridades y del personal, funcionario y contratado, del sistema nacional de sanidad, pero no con carácter general, sino en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares.

Tal función de dirección del Ministro de Sanidad queda igualmente matizada en el párrafo segundo del mismo artículo, en el que se dispone que las administraciones públicas autonómicas y locales mantendrán la gestión, dentro de su ámbito de competencia, de los correspondientes servicios sanitarios, asegurando en todo momento su adecuado funcionamiento. El Ministro de Sanidad se reserva el ejercicio de cuantas facultades

resulten necesarias para garantizar la cohesión y equidad en la prestación del referido servicio.

También, de lo dispuesto en el apartado cuarto del mismo precepto se deduce que el Ministro de Sanidad ostentará facultades de determinar, en su caso, la mejor distribución en el territorio de todos los medios técnicos y personales, de acuerdo con las necesidades que se pongan de manifiesto en la gestión de esta crisis sanitaria.

Por tanto, el Real Decreto atribuye una triple función al Ministro de Sanidad:

- a) la dirección de las autoridades y personal sanitario cuando se necesario para la protección de personas, bienes y lugares, conservando las Comunidades Autónomas y Entidades Locales sus competencias de dirección;
- b) las facultades necesarias para mantener la cohesión y equidad en la prestación del servicio sanitario; y
- c) determinar, en su caso, la mejor distribución en el territorio de todos los medios técnicos y personales, de acuerdo con las necesidades que se pongan de manifiesto en la gestión de esta crisis sanitaria.

Finalmente, el Ministro de Sanidad ostenta también las facultades de asegurar que la sanidad militar y sanidad privada contribuyan a reforzar el Sistema Nacional de Salud en todo el territorio nacional.

Los conflictos competenciales que se han sucedido entre Estado y Comunidades Autónomas han sido frecuentes. Incluso en el actuar de las Comunidades Autónomas se has suscitado dudas que han tenido que ser resueltas por los tribunales a veces de manera contradictoria. Como señala BALAGUER “el origen (del problema) es sanitario, pero no se resuelve solo en los hospitales ni siquiera primariamente en los hospitales, porque lo que hay que evitar es el contagio y eso no tiene nada que ver con la gestión sanitaria sino con

otras variables que afectan al comportamiento de los individuos y de la sociedad, no a la gestión sanitaria”⁴³.

Y así puede afirmarse que, aunque con algunas deficiencias, es verdad, el ordenamiento jurídico español tiene previstas otras soluciones legales para supuestos como las pandemias. Entre éstas, destaca la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, que permite la limitación de derechos sobre la base de la protección de la salud colectiva, sobre todo, en situaciones graves y extraordinarias; la Ley 33/2011, General de Salud Pública, que confiere al Ministro de Sanidad y, por tanto, al Gobierno de la Nación, la condición de autoridad sanitaria estatal, con competencias en situaciones como las que estamos viviendo; la Ley de Cohesión de 2003, que permite la adopción de medidas coordinadas por parte, una vez más, del Ministro de Sanidad; y, finalmente, la Ley General de Sanidad de 1986 que permite la adopción de medidas que puedan llegar a suponer una limitación de la libertad de circulación de las personas, siempre que estén justificadas sanitariamente y sean necesarias en caso de riesgo de transmisión de enfermedades.

Y a la vista de todo ello, cabe preguntarse también si es necesario aprobar una nueva norma o, por el contrario, adoptar un acuerdo ad hoc al amparo de las normas ya mencionadas. La tentación de dictar nuevas normas que queden ya incorporadas al ordenamiento y que avalen la limitación de derechos sin autorización judicial no ya ahora, sino en el futuro, y teniendo en cuenta el estado de extrema alteración en el que se elaborarían, poco favorecerían la racionalidad y el reposo que debe exigirse a una regulación de tal calado. Así, creemos que, al amparo de las normas antes citadas, nada impide que el Consejo de Ministros pueda adoptar, oídos los expertos científicos, el Consejo Interterritorial, el Consejo de Estado y, en su caso, forzando algo el marco judicial competencial, aunque creemos que respetándolo, con la ratificación del Tribunal Supremo, en su condición de instancia revisora de los actos y disposiciones del Consejo de Ministros, un marco general de medidas y fases que, a partir de ahí, y de su publicación

⁴³ BALAGUER CALLEJÓN, F., “La pandemia y el Estado Autonómico”, en TUDELA ARANDA, J. (coord.), *Estado Autonómico y COVID-19*, Zaragoza, 2021, p. 11.

en el Boletín Oficial del Estado, puedan ser aplicadas de manera cohesionada, pero atendiendo a sus específicas necesidades, por las autoridades sanitarias de las Comunidades Autónomas sin necesidad de previa autorización judicial.

Como acertadamente se ha señalado, “lamentablemente ni se ha reformado la legislación sanitaria que hubiera permitido una gestión descentralizada sin estado de alarma en un marco de seguridad jurídica ni se ha reformado la legislación de emergencia que permitiera una gestión descentralizada dentro del estado de alarma”⁴⁴.

En definitiva, se trata de ser imaginativo con las herramientas que nos ofrecen actualmente las Leyes y no dejar demasiadas “huellas” en nuestro ordenamiento jurídico de unas limitaciones de derechos que no deben venir para quedarse, como ocurrirá, esperemos que no en mucho tiempo, con esta terrible pandemia. Los formalismos del Derecho no deben ser meros obstáculos burocráticos, sino garantías de la protección de los derechos, siendo la protección de la vida y la salud de los ciudadanos el principal deber no solo del Estado, sino del propio Derecho.

La situación que se está viviendo con la epidemia COVID-19 y la consiguiente crisis sanitaria está generando dudas en España acerca de si la declaración del Estado de alarma que se produjo el 14 de marzo de 2020 y sus sucesivas prórrogas está poniendo en un auténtico brete a nuestro sistema constitucional, esto es, como recientemente en la prensa el Profesor MANUEL ARAGÓN ha señalado si “está siendo utilizado por el gobierno de manera exorbitante”. Es importante resaltar que el contenido de las Sentencias del Tribunal Constitucional de 2021 no resuelve el debate que se había producido en el mundo jurídico y político sobre la adecuada utilización por parte del Gobierno, no ya de la declaración del estado de alarma, sino adecuada adopción de esas medidas. Debate que además se ha incrementado por el contenido de los votos particulares discrepantes de algunos de los magistrados constitucionales. Todos los votos, utilizando diferentes argumentos, coinciden en considerar que todas las medidas deberían haber sido declaradas constitucionales, pues no son suspensiones sino limitaciones de derechos fundamentales, y que por lo tanto fueron debidamente adoptadas bajo el estado de alarma.

⁴⁴ SÁENZ ROYO, E., “Estado autonómico y Covid-19”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 48, 2021, p. 397.

