

HERRAMIENTAS JURÍDICAS FRENTE A SITUACIONES DE EMERGENCIA SANITARIA ¿HASTA DÓNDE SE PUEDEN LIMITAR DERECHOS SIN RECURRIR A LA EXCEPCIONALIDAD CONSTITUCIONAL?

CARLOS VIDAL PRADO

Catedrático de Derecho Constitucional

Universidad Nacional de Educación a Distancia

TRC, n.º 48, 2021, pp. 265-296
ISSN 1139-5583

SUMARIO

I. Introducción. II. La respuesta del legislador ante el COVID 19. III. La posible limitación de derechos por ley ordinaria. La normativa aprobada por las Comunidades Autónomas. IV. Control judicial de las medidas. El incorrecto papel atribuido al Poder Judicial en la última reforma. V. La necesidad de adaptar la regulación a las nuevas exigencias que ha puesto de relieve la pandemia.

I. INTRODUCCIÓN

No es fácil aportar nuevas ideas al debate jurídico suscitado a partir de la llegada de la pandemia del COVID 19 y las distintas actuaciones legislativas y gubernamentales planteadas para combatirlo. Se han escrito decenas de páginas, tanto en formato de monografía o artículo científico, como en colaboraciones periodísticas o en los múltiples blogs jurídicos que son tan visitados y leídos en nuestro país y en otros de nuestro entorno. Resulta muy difícil, cuando no imposible, hacer referencia a todas esas publicaciones, por lo que ya advertimos de que no vamos a tratar de hacerlo, al menos de modo exhaustivo. No obstante, en las próximas líneas intentaremos entrar en diálogo con algunas de estas propuestas, limitándonos a algunos de los aspectos polémicos: ¿Qué se puede hacer cuando no nos encontramos en ninguno de los estados de excepcionalidad constitucional,

es decir, los de alarma, excepción o sitio? ¿tenemos instrumentos suficientes en el ordenamiento jurídico propio del llamado «derecho de la normalidad» (frente al derecho de excepción) para combatir la pandemia? ¿es compatible con la Constitución el papel que se ha atribuido a los tribunales en las últimas reformas legislativas? ¿necesitamos modificaciones legislativas para afrontar esta situación?

Para ello, haremos un breve repaso de los cambios normativos que se han aplicado, escasos en el ámbito estatal, algo más amplios en el autonómico. A continuación, repasaremos los elementos principales de la ya abundante jurisprudencia de los TSJ y del Tribunal Supremo. Posteriormente, analizaremos críticamente esta jurisprudencia y los propios instrumentos normativos con los que cuentan nuestros tribunales, el control que estos llevan a cabo sobre las normas y el papel que está desempeñando el estamento judicial y, finalmente, ofreceremos algunas conclusiones y posibles líneas de reforma.

II. LA RESPUESTA DEL LEGISLADOR ANTE EL COVID 19

Después de unos primeros días de desconcierto, el 14 de marzo de 2020 se aprobó el Real Decreto 463/2020, declarando el primer estado de alarma para hacer frente al COVID 19, que fue prorrogado cada 15 días hasta las 00:00 horas del 21 de junio de 2020. A partir de entonces empezó lo que se conoció como «desescalada» (se había iniciado en la fase final del estado de alarma, delegando el Gobierno central muchas funciones en las autoridades sanitarias autonómicas, bajo el lema de la «cogobernanza»), pero ya dejando en manos de las CC.AA. las medidas específicas a tomar, con fundamento en la legislación sanitaria vigente¹. Aquí se produjo ya un primer momento de caos jurídico, pues en función de la Comunidad Autónoma en la que uno se encontrase, las medidas eran diferentes, bien porque los gobiernos tomaban decisiones distintas, bien porque los juzgados de lo contencioso-administrativo empleaban criterios diversos y a veces contradictorios a la hora de autorizar o ratificar las medidas. El Gobierno central había reconocido, durante la vigencia del estado de alarma, que la legislación sanitaria era insuficiente, e incluso se comprometió a modificarla. Pero la única norma relevante que aprobó fue el Real Decreto Ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Quizá la modificación más notable introducida por esta norma fue la del art. 65 de la Ley 16/2003, de cohesión y calidad del sistema nacional de salud, al que además se añade un 65 bis, para reforzar la fuerza vinculante de la declaración de actuaciones coordinadas que corresponde al Ministerio, previo acuerdo en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de

1 Un excelente repaso de lo que sucedió a lo largo de todo el año 2020, con estas variaciones que aquí se señalan de modo esquemático, se puede encontrar en ÁLVAREZ GARCÍA, V., 2020, *el año de la pandemia de la COVID-19 (Estudios jurídicos)*, Iustel, Madrid, 2021.

Salud. Por lo demás, la norma incluye muchas medidas de prevención e higiene, cuya ejecución es responsabilidad de las autoridades sanitarias autonómicas.

La insuficiencia de esta norma estatal se puso de manifiesto en el reguero de aprobaciones de normas específicas en cada Comunidad Autónoma en las semanas posteriores al decaimiento del primer estado de alarma. Esta dispersión normativa se vio complementada por los diferentes criterios de los juzgados de lo contencioso-administrativo que, conforme al art. 8.6 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, debían autorizar o ratificar (o no) las medidas que fuesen tomando las autoridades sanitarias competentes. Un primer intento de coordinar estas actuaciones tuvo lugar el 14 de agosto, día en el que el Ministerio llevó al Consejo Interterritorial una propuesta de declaración de actuaciones coordinadas, que no fue respaldada por todos los representantes autonómicos. A pesar de eso, el Ministerio aprobó una Orden «comunicada» a las CC.AA., que eran las que debían publicarla y ejecutarla en sus territorios². Pero, eso sí, previamente debían ser autorizadas o ratificadas por los jueces competentes. Y aquí empezaron los problemas, porque el Juzgado Contencioso-Administrativo, número 2, de Madrid, rechazó la ratificación³. Menciono este Auto porque justificó su decisión no solamente en la falta de publicidad de la Orden «comunicada», sino en un argumento que ya había sostenido el Juzgado de Instrucción, n.º 1, de Lérida que, el 12 de julio de 2020, negó la ratificación del confinamiento de la comarca del Segrià: desde una Comunidad Autónoma no se pueden limitar derechos fundamentales con carácter general si no es con la previa declaración del estado de alarma. Por tanto, si se querían tomar medidas en ese sentido, debía solicitarse la declaración al Gobierno central. El Auto fue recurrido en apelación por la Comunidad de Madrid y la Sala de Vacaciones del TSJ lo anuló mediante sentencia 594/2020, de 28 de agosto.

Lo cierto es que las diferentes normas adoptadas suponían, en muchos casos, limitaciones de derechos fundamentales (de ahí la necesidad de autorización o ratificación), singularmente de la libertad de circulación del art. 19 CE⁴. La limitación podía ser de ámbito territorial (los llamados *cierres perimetrales*, desde un

2 En realidad, la Orden «comunicada» debería haberse publicado también, pues solo la conocemos a través de las normas autonómicas que la trasladan a su territorio. De hecho, es uno de los motivos por los que algunos tribunales no autorizaron las medidas. Sobre esto, Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, V., 2020, *el año de la pandemia de la COVID-19*, op. cit., pp. 98-102.

3 Auto 121/20, de 20 de agosto.

4 Hablamos de la libertad individual de desplazarse libremente por el territorio español, garantizada en el art. 19.1 CE. Cfr. BASTIDA FREIJEDO, F., «Libertad de circulación», en ARAGÓN REYES, M. *Temas básicos de Derecho Constitucional*, vol. III, 1.ª Ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 153. Por otra parte, la STC 148/2021, de 14 de julio confirma que el confinamiento del primer estado de alarma afectó al art. 19.1 CE y no al art. 17 CE, pues solo se restringió la libertad de movimientos a determinados supuestos. También el TEDH (asunto *Terbeș c. Roumanie*, de 20 de mayo de 2021), entendió que el confinamiento de la población a causa de la Covid-19 afectó únicamente a la libertad de circulación (art. 2 del Protocolo n.º 4 el Convenio Europeo de Derechos Humanos, CEDH) y no a la libertad personal (art. 5 CEDH). A pesar de ello, algunos autores han apreciado que estaría afectado también el art. 17 CE en el caso de los confinamientos generales de los ciudadanos: así,

barrio o una zona de salud a una Comunidad Autónoma entera) o temporal (confinamiento domiciliario nocturno, vulgarmente conocido como *toques de queda*). En el caso de las limitaciones de ámbito territorial contradicen, además, lo dispuesto en el art. 138.2 de la Constitución: «Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español». Conjuntamente con estas medidas, se incluían otras muchas, alguna de las cuales afectaban a otros derechos fundamentales, como el de reunión o la libertad de culto, entre otros.

La disparidad de criterios en cada territorio, y la llegada de una nueva ola de contagios que, desde el punto de vista de las autoridades sanitarias, hacían necesario recurrir a nuevos confinamientos, llevaron a declarar dos estados de alarma más: uno exclusivo para la Comunidad de Madrid y otro de carácter estatal, que se prorrogó además por 6 meses. Por lo tanto, la normativa sanitaria «ordinaria» (en contraposición a excepcional) se aplicó en varios momentos: antes de la declaración del primer estado de alarma (14 de marzo de 2020), al decaer aquel y hasta la declaración del segundo de ámbito nacional (del 26 de junio al 25 de octubre de 2020) y cuando finalizó este último, el 9 de mayo de 2021.

La mayoría de las disposiciones aprobadas alegaban como cobertura la legislación sanitaria, tanto estatal como autonómica (algunas Comunidades Autónomas modificaron su legislación, a veces por la vía del Decreto Ley). Y de entre las normas estatales, la más reclamada fue la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (en adelante, LOMESP)⁵, especialmente su artículo 3. Las dudas interpretativas que ofrece este artículo, por su redacción excesivamente genérica y escueta, son las que han provocado disparidad de opiniones, tanto en los órganos jurisdiccionales como en la doctrina. Por un lado, se discute si habilita para tomar medidas de control que afecten a personas que no estén contagiadas, o no hayan estado en contacto directo con enfermos, pero que habiten en un determinado territorio en el que el índice de contagios supere unos determinados estándares⁶. Por otro, se cuestiona si la última cláusula

COTINO HUESO, L., «Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus», *Diario La Ley*, n.º 9608, 2020.

5 Esta breve Ley, de 4 artículos, se desgajó de la Ley General de Sanidad, que se tramitó y aprobó conjuntamente, al requerir carácter orgánico, debido a la importante afectación de derechos fundamentales. Analiza en profundidad esta cuestión MUÑOZ MACHADO, S., «El poder y la peste de 2020», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 90-91, 2020, pp. 116 y ss. Baño León también menciona que se aprobaron estos artículos mediante ley orgánica «para despejar cualquier duda que pudiera existir sobre la posibilidad de que la autoridad sanitaria adoptara las medidas necesarias restrictivas de derechos cuando así lo requiriera la protección de la salud pública» (Cfr. BAÑO LEÓN, J.M., «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 209, 2020, pp. 11-22).

6 Antes de la declaración del primer estado de alarma frente al coronavirus se utilizó este artículo para confinamientos de personas determinadas, bien contagiados o contactos estrechos. Sobre esto no hay discusión doctrinal ni entre los tribunales. Por ejemplo: Auto 84/2020 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 1, secc. 7, de Santa Cruz de Tenerife, de 2 de marzo de 2020, ratificando la Orden de 24 de febrero de

del precepto, que habilita para tomar las «que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible», puede justificar que las medidas afecten a colectivos indeterminados de personas (los llamados actos plúrimos⁷), por el hecho de vivir en un determinado territorio, o tienen que referirse a personas identificadas, en particular a enfermos o sus contactos. La mayor parte de los tribunales⁸, incluyendo el Supremo⁹, y buena parte de la doctrina¹⁰, han considerado que este precepto sí es suficiente para tomar medidas de carácter general, sin identificar individualmente a los afectados. No obstante, otros autores¹¹ y algunos tribunales

2020, de la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias (que confinaba a los clientes de un hotel de Tenerife); Auto 31/2020 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 2 de Santiago de Compostela, de 7 de julio, ratificando la medida de aislamiento y cuarentena obligatorios de una familia.

7 SALAMERO TEIXIDÓ, L., «Algunas reflexiones sobre la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias al hilo de la aprobación de actos plúrimos para hacer frente a la Covid-19», *Diario La Ley*, n.º 9638, 2020, p. 8.

8 Sin pretender ser exhaustivos, los siguientes Tribunales Superiores de Justicia consideran que la LOMESP habilita para tomar medidas que limiten derechos fundamentales y que afecten a personas no identificadas, si bien en algunos casos no autorizan las medidas propuestas por no superar el test de proporcionalidad (se señala entre paréntesis un ejemplo de resolución, que ordeno cronológicamente): Navarra (Auto 170/2020, de 22 de octubre, avalando el cierre perimetral); la Rioja (Auto 97/2020 de 24 de octubre, también sobre cierre perimetral); Valencia (Autos 142/2020, de 27 de octubre y 173/2021, avalando confinamiento nocturno); Baleares (Auto 152/2021, de 7 mayo, sobre confinamiento nocturno); Madrid (Autos 93/2021, de 7 de mayo; 97/2021, de 13 de mayo o 98/2021, de 14 de mayo, que avalan los cierres perimetrales de diversas zonas básicas de salud); Canarias (Auto de 9 de mayo de 2021, que no ratificó confinamiento nocturno y prohibición de entrada y salida en las islas, por falta de proporcionalidad, pero avaló otras medidas); Extremadura (Autos 54/2021, 55/2021, 56/2021 de 10 de mayo, avalando cierres perimetrales); Andalucía (Autos de 11 y de 14 de mayo que avalan el cierre de ciertos municipios); Cantabria (Auto 117/2021, de 17 de julio, autorizando limitaciones a la circulación en algunas zonas); Cataluña (Auto 348/2021, de 29 de julio, avalando diversas medidas); Murcia (Auto 286/2021, de 29 de julio); Asturias (Auto de 31 de julio de 2021, denegando confinamiento nocturno por no superar el test de proporcionalidad, pero avalando la limitación de reuniones sociales en horario nocturno); Galicia (Auto 286/2021, de 23 de octubre, ratificando cierres perimetrales).

9 Las primeras resoluciones en este sentido fueron la STS 719/2021 de la Sala de lo Contencioso-administrativo, de 24 de mayo y la posterior STS 788/2021 de 3 de junio.

10 Cfr., por ejemplo, ÁLVAREZ GARCÍA, V., 2020, *el año de la pandemia de la covid-19 (estudios jurídicos)*, op. cit., pp. 28-29; BAÑO LEÓN, J.M., «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria», op. cit., pp. 14-15; 29; NOGUEIRA LÓPEZ, A., «Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 86-87, 2020, pp. 22-31; DOMÉNECH PASCUAL, G., «Comunidades autónomas, derechos fundamentales y covid-19», *Almacén de Derecho*, 21.07.2020, <https://almacendederecho.org/comunidades-autonomas-derechos-fundamentales-y-covid-19> (último acceso 18/09/2021). Doménech afirma con rotundidad que el precepto es «cristalinamente claro» y permite «adoptar cualesquiera medidas que se consideren necesarias para controlar el riesgo de una enfermedad transmisible, en la medida en que no limita ni restringe en modo alguno el tipo de medidas que cabe adoptar con ese fin».

11 Así, entre otros, PRESNO LINERA, M.A., «Fortalezas y debilidades del Derecho de excepción frente al Covid-19», *Jueces para la Democracia*, n.º 99, 2020, pp. 48-52. ARAGÓN REYES, M., «Covid-19 y Estado autonómico», en TUDELA ARANDA, J. (Coord). *Estado autonómico y covid-19: un ensayo de valoración general*, Zaragoza, Fundación Giménez Abad, 2020, p. 4. Con relación al derecho de reunión, Bilbao Cubillos explica que las restricciones de la libertad de reunión sólo se pueden aplicar de manera individualizada a enfermos y las personas cercanas al mismo, pero no a toda la población de modo indiscriminado. Cfr. BILBAO UBILLOS, J.M., La libertad de reunión y manifestación en tiempos de pandemia. Biglino Campos, P.; Durán Alba, F. (Coords.), *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020. DOI: <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0013>

no lo consideraron así¹². El Tribunal Supremo zanjó la cuestión, desde el punto de vista jurisprudencial, a partir de su Sentencia 719/2021, de 24 de mayo y la Sentencia 788/2021, de 3 de junio. Es evidente, sin embargo, que en el plano doctrinal las discrepancias siguen existiendo, y algunos han criticado las resoluciones del Supremo.

En mi opinión, siguiendo a los autores citados inicialmente, debe entenderse que el art. 3 sí permite tomar decisiones que afecten a personas que pertenezcan a determinados colectivos, aunque no sean identificadas individualmente, pues de otro modo, como afirma Doménech, no tendría sentido el inciso final del precepto¹³. Otra cosa es que el artículo sea excesivamente genérico e indeterminado, y que, tratándose de posibles limitaciones de derechos fundamentales, la ley debiera incluir elementos concretos que permitan garantizar adecuadamente su ejercicio. Creo que hay que ser prudentes a la hora de admitir, sin más, las cláusulas generales de actuación gubernativa, debido a la imprevisibilidad de la evolución en una pandemia o emergencia sanitaria.

Cierto es que las cláusulas generales son propias del Derecho de necesidad¹⁴, pero ello es compatible con que, por muy imprevisibles que sean las posibles situaciones de emergencia sanitaria, se puedan (y deban) establecer criterios, parámetros y principios de actuación, así como protocolos de ejecución. No parece jurídicamente admisible una redacción tan genérica y que abre posibilidades expansivas indeseables en materia de restricción de derechos fundamentales, obviando las exigencias de certidumbre, previsibilidad y taxatividad¹⁵, como ha

12 Así, el TSJ de Aragón (por ejemplo, el Auto 89/2020, de 10 de octubre, que no ratificó el cierre de un municipio), pero también el de Castilla y León (así, Auto 273/2020, de 25 de octubre; que tampoco ratifica un cierre perimetral); el del País Vasco (Auto 32/2020, de 22 de octubre, y Auto 21/2021, de 7 de mayo); de Castilla-La Mancha (Auto 481/2021, de 11 de mayo); y Andalucía en su sede de Granada, pues la de Sevilla sí considera habilitación suficiente el art. 3 (Autos de 10 y 14 de mayo de 2021 y 284/2021, de 21 de mayo). En el Auto 21/2021, de 7 de mayo, FJ 5, el TSJ del País Vasco dice que el art. 3 LOMESP no se dirige «a un colectivo de ciudadanos indeterminado y que no pueda afirmarse que sean enfermos o personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos», y concluye: «En definitiva, nuestro actual ordenamiento jurídico no permite que las Comunidades Autónomas puedan acordar, fuera del estado de alarma, medidas restrictivas de derechos fundamentales con carácter general no individualizado».

13 Doménech considera «insostenible» la interpretación contraria, pues en el artículo 3 LOMESP hay que distinguir «(i) 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; y, además, (ii) las medidas que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible». Si el segundo inciso solamente se pudiera aplicar a enfermos o sus contactos, sería redundante y carecería de sentido. Cfr. DOMÉNECH PASCUAL, G. «Comunidades autónomas, derechos fundamentales y covid-19», op. cit.

14 A este respecto, resulta de referencia obligada la obra de ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en Derecho Público*, Civitas, 1996, que aborda esta idea en las pp. 440, 449 y 450. Recientemente, y ya sobre la pandemia del coronavirus, reitera estas ideas en «El coronavirus (Covid-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 86-87, 2020, p. 9.

15 Incluso se ha cuestionado por algunos autores que pueda dejarse un margen de actuación tan amplio en manos de las Comunidades Autónomas. ARAGÓN REYES, M., «Covid-19 y Estado autonómico», op. cit., pp. 7-9; TAJADURA TEJADA, J., «El Estado de Derecho frente al Covid: reserva de ley y derechos fundamentales», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 120, 2021, pp. 149-156.

subrayado reiteradamente el Tribunal Constitucional¹⁶, que exige precisión para que el derecho no devenga impracticable¹⁷ y sus garantías se conviertan casi en inexistentes.

El problema con que nos hemos encontrado, no obstante, es que una cláusula general de cierre como la del último inciso del art. 3 de la LOMESP se ha convertido en el presupuesto habilitante principal de casi todas las medidas limitativas de derechos fundamentales que se han ido adoptando durante la pandemia del coronavirus, fuera de las situaciones en que estaba declarado el estado de alarma. Por tanto, sería necesario mejorar la calidad de esta ley orgánica, modificándola y ampliándola, para concretar al máximo las posibles medidas, aunque al final se siga manteniendo una cláusula general¹⁸. Más adelante profundizaré sobre este asunto.

De todos modos, como he dicho más arriba y es sobradamente conocido, el Tribunal Supremo zanjó este debate en el terreno jurisprudencial. Primero en la Sentencia 719/2021, de 24 de mayo, en la que estimó que, si se daba el presupuesto de hecho (enfermedades transmisibles), el art. 3 LOMESP resultaba de aplicación y «según se cuenten los enfermos y quienes han tenido contacto con ellos en unidades, decenas, centenas o millares y el lugar o lugares en que se encuentren, el ámbito subjetivo y espacial de la aplicación del precepto se irá extendiendo correlativamente, pero sin que pueda llegar más allá del mismo y convertirse en general» (FJ 4, apartado D). Admite, no obstante, que el inciso final del precepto es indeterminado, pero entiende que ha de interpretarse conjuntamente con los arts. 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que así ofrecen «suficientes precisiones, objetivas, subjetivas, espaciales, temporales y cualitativas para satisfacer la exigencia de certeza que han de tener los preceptos que fundamentales restricciones o limitaciones puntuales de derechos fundamentales y, en concreto, de la libertad de circulación, las cuales, de otro lado, no pueden predeterminarse siempre».

En todo caso, insiste en la crítica a la escasa regulación normativa («Sin ninguna duda hubiera sido deseable que, en vez de a conceptos indeterminados y cláusulas generales, pudiéramos acudir a una regulación específica para afrontar la pandemia que detallase cuantos extremos fueran susceptibles de precisión para ofrecer la máxima seguridad jurídica»), que ampliará unos días más tarde. En efecto, en la STS 788/2021, de 3 de junio, el Tribunal afirma que el artículo 3 es «innegablemente escueto y genérico», y sugiere que «no fue pensado para una calamidad de la magnitud de la pandemia del Covid-19». A pesar de ello, el Tribunal

16 Véase, por ejemplo, SSTC 49/1999, de 5 de abril (FJ 4.º); 70/2009, de 23 de marzo (FJ 4.º); 99/2021, de 10 de mayo (FJ 3.º).

17 Así, SSTC 145/2014, de 22 de septiembre (FJ 7.º); 76/2019, de 22 de mayo (FJ 5.º), y a jurisprudencia anterior que ahí se cita.

18 Esto viene a ser lo que plantea también CANTERO MARTÍNEZ, J., «La intervención administrativa en los derechos fundamentales de las personas por motivos de salud», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 210, 2021, pp. 20-21.

entendió que por muy intensas y extensas que fueran las medidas analizadas, tenían cobertura legal en dicho precepto, siempre que se justificase detalladamente por qué las mismas eran indispensables para salvaguardar la salud pública y se respetase la proporcionalidad, que son las cuestiones principales a valorar por los tribunales¹⁹.

Ya en la primera sentencia citada, y ante la insuficiencia regulatoria, el TS concreta cuál ha de ser el tipo de control judicial a realizar por los TSJ y la Audiencia Nacional cuando analicen una solicitud de ratificación, de modo que han de comprobar si la Administración solicitante: «(i) es la competente para adoptar las medidas a ratificar; (ii) invoca los anteriores preceptos legales u otros que le confieran habilitación; (iii) ha identificado con suficiente claridad el peligro grave para la salud pública derivado de una enfermedad transmisible que es preciso conjurar para preservar el derecho a la salud y a la vida con indicación de los hechos que así lo acreditan; (iv) ha establecido debidamente la extensión de ese riesgo desde el punto de vista subjetivo, espacial y temporal; y (v) ha justificado que no dispone de otros medios menos agresivos para afrontarlo y que los propuestos son idóneos y proporcionados. Y, sobre esos presupuestos, (vi) la Sala correspondiente deberá concluir si dicha justificación es suficiente y si la limitación pretendida es efectivamente idónea, necesaria y proporcionada».

En los supuestos que se han ido planteando en las diversas comunidades autónomas españolas están en juego distintos derechos fundamentales, entre ellos la libertad de circulación (art. 19 CE), los derechos a la intimidad familiar y el derecho de reunión (arts. 18 y 21 de la Constitución) o la libertad de culto (art. 16 CE). En las STS 788/2021 y 719/2021 se diferenció entre estos derechos, y se subrayó que a la hora de evaluar si son admisibles o no, debe tenerse en cuenta la intensidad y la extensión de cada una de las medidas restrictivas²⁰. En todo caso, la argumentación del Tribunal, como veremos en el siguiente apartado, tiene algunas incongruencias a la hora de aplicar el planteamiento teórico al caso concreto.

III. LA POSIBLE LIMITACIÓN DE DERECHOS POR LEY ORDINARIA. LA NORMATIVA APROBADA POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

El Tribunal Supremo ha recordado que la restricción o limitación de derechos fundamentales no requiere necesariamente de la cobertura de ley orgánica.

19 La jurisprudencia se reitera en sentencias posteriores, como las SSTS 792/2021, de 3 de junio; 875/2021, de 17 de junio; 1079/2021, de 21 de julio; 1092/2021, de 26 de julio; 1102/2021, de 2 de agosto; y otras.

20 STS 788/2021, FJ 7: «no es lo mismo prohibir desplazarse entre dos lugares determinados que obligar a todos a permanecer en su domicilio durante ciertas horas. Esto último impide desplazarse a cualquier parte. Con todo ello quiere ponerse de relieve que la intensidad (la fuerza con que se incide en los derechos fundamentales) y la extensión (el número de personas afectadas en sus derechos fundamentales) no son equiparables en una limitación de viajes entre islas y en el «toque de queda», por no hablar del número máximo de personas en reuniones familiares y sociales: estas últimas restricciones son considerablemente más intensas y extensas.»

Según la jurisprudencia del TC, ello sólo es necesario cuando la restricción —o cualquier otra previsión normativa— implica desarrollo del derecho fundamental de que se trate; y «desarrollo» a efectos del art. 81 de la CE es tanto una regulación de conjunto del derecho fundamental, como cualquier otra regulación que incida en elementos básicos, nucleares o consustanciales del mismo²¹. Por tanto, según esta jurisprudencia, la exigencia constitucional de que los derechos fundamentales se desarrollen mediante ley orgánica no se extiende a una posible limitación en su ejercicio, aunque el Tribunal Constitucional ha equiparado al desarrollo el establecimiento de limitaciones a los derechos fundamentales de tal intensidad que les afectan esencialmente. El Supremo concluye que «la reserva de ley orgánica para las medidas sanitarias que supongan restricción o limitación de algún derecho fundamental de la Sección 1.^a solo opera cuando tales medidas afecten a algún elemento básico, nuclear o consustancial»²².

En consecuencia, el artículo 81 de la CE reserva al legislador orgánico (y por tanto estatal) la regulación de los derechos y libertades fundamentales, pero esta reserva no supone el reconocimiento a la Administración estatal de un monopolio para limitar dichos derechos. El Tribunal Supremo sostiene que «establecer limitaciones puntuales de derechos, incluso fundamentales, no equivale a desarrollarlos siempre que, por las características de las restricciones, no lleguen a desnaturalizarlos. Dentro de la regulación que puede hacer la ley ordinaria cabe, pues, la imposición de limitaciones puntuales a los derechos fundamentales. Y, siendo suficiente para ello la ley ordinaria, esa reserva puede ser satisfecha tanto por la ley del Estado cuanto por las leyes que, dentro de su competencia, dicten las Comunidades Autónomas». Por lo tanto, está admitiendo, por ejemplo, que mediante una ley autonómica pudiesen establecerse medidas en el ámbito de la Salud Pública que supusiesen una limitación «puntual» de un derecho fundamental²³.

En cualquier caso, las medidas adoptadas que limiten los derechos fundamentales tienen que resistir el triple juicio de proporcionalidad asentado en la jurisprudencia del TC, conforme a la cual la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales dependerá de la «estricta observancia del principio de proporcionalidad», de manera que la medida superará el test de proporcionalidad (i) si tal medida es susceptible de conseguir el

21 En la STC 6/1982, de 22 febrero, se afirma la necesidad de que las normas que afecten a elementos esenciales de derechos fundamentales previstos en la Sección Primera del Capítulo Segundo de la Constitución tengan rango de ley orgánica. Solamente una norma con este rango puede dar cobertura o fundamento normativo a la restricción de derechos fundamentales en sus elementos básicos, nucleares o consustanciales. En los restantes elementos puede admitirse que se regulen por ley ordinaria, e incluso cabría la restricción o limitación de derechos fundamentales.

22 Así lo recuerda el TS en el FJ 7 de la STS 788/2021.

23 Y menciona, para fundamentar esta tesis, varias sentencias del TC: STC 76/2019; STC 86/2017 y STC 49/1999. En ellas el TC dice que dentro de la regulación que puede hacer la ley ordinaria cabe la imposición de limitaciones puntuales a los derechos fundamentales, aunque al hacerlo habrá de respetar su contenido esencial.

objetivo propuesto (*juicio de idoneidad*); (ii) si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida *más moderada* para la consecución de tal propósito con igual eficacia (*juicio de necesidad*); y, finalmente, (iii) si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (*juicio de proporcionalidad en sentido estricto*)²⁴.

De acuerdo con la jurisprudencia del TC, está constitucionalmente reservada a la ley orgánica la regulación de determinados aspectos esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas. La reserva de ley orgánica afecta a cualquier norma que desarrolle de modo directo o que establezca restricciones a un derecho: el haz de facultades que configuran el objeto del derecho y la determinación de los titulares del mismo. De alguna manera, se trata de garantizar la consideración de los derechos fundamentales como núcleo del estatuto jurídico básico de la ciudadanía, con independencia del lugar en el que se habite. Y eso solo se alcanza si ese estatuto básico se recoge en la legislación orgánica estatal. A partir de ahí, como reconoce el artículo 53.1, puede haber otras limitaciones que se establezcan por ley ordinaria, siempre que se respete su contenido esencial. Esto es importante, porque la limitación, en todo caso, debe estar prevista en una ley, ya sea orgánica u ordinaria. Como ha dicho el Tribunal Constitucional, «toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 C.E.), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 C.E.), precisa una habilitación legal»²⁵.

El Tribunal Supremo ha recordado esta jurisprudencia cuando, en la STS 788/2021 afirma (FJ 6) que «[E]l medio normal para aprobar normas que impliquen la restricción o limitación de un derecho fundamental se encuentra, como es sabido, en los arts. 53 y 81 del texto constitucional: dicho medio es la previsión por ley que, en todo caso, debe respetar el contenido esencial del derecho fundamental restringido y, por ello mismo, superar el juicio de proporcionalidad; y es la ley orgánica cuando la restricción prevista suponga desarrollo de alguno de los derechos proclamados en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I».

Pues bien, estos elementos son muy relevantes para analizar la situación porque, como hemos dicho, ante la ausencia de actividad legislativa sustantiva por parte de las instituciones centrales del Estado, han sido las Comunidades Autónomas las que han tenido que ir actuando a lo largo de los meses que llevamos sufriendo la pandemia, y han ido aprobando numerosas normas, tanto de carácter reglamentario como legal. Asimismo, han ido adaptando esta normativa a las

24 SSTC 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 e), 37/1998, de 17 de febrero, FJ 8, 39/2016, FJ 5, 14/2003, FJ 9.

25 STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4.

nuevas circunstancias. Y aquí precisamente hay que traer a colación que todas las medidas aprobadas por los respectivos gobiernos autonómicos y sometidas a ratificación judicial se han basado en las mismas normas nucleares, a saber: el art. 3 de la LO 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública (LOMESP), el art. 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y el art. 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. De todas ellas, la más invocada ha sido la Ley Orgánica, cuyo art. 3 se refiere expresamente a enfermedades transmisibles. Este conjunto de normas abriría la posibilidad de que las autoridades autonómicas puedan restringir derechos y libertades fundamentales en un caso concreto.

No obstante, la regulación por ley autonómica de limitaciones de derechos tan intensas plantea el problema de si se está respetando la reserva de ley orgánica (en cuanto se contuviesen nuevos elementos que supusiesen un desarrollo de los derechos fundamentales) u ordinaria (en cuanto no se respetase el contenido esencial del derecho o porque se estén utilizando normas reglamentarias para concretar nuevas limitaciones de derechos). En este sentido, autores como Aragón o Tajadura han sostenido que no cabe en nuestro ordenamiento una habilitación por parte del legislador orgánico a las Comunidades Autónomas para restringir o limitar los derechos fundamentales contenidos en los arts. 15 a 29 CE²⁶, aunque sí admiten que puedan limitarse otros derechos como la libertad de empresa²⁷. En sentido contrario, admiten con distintos matices dicha posibilidad otros autores, como Álvarez García, Doménech, Velasco, Nogueira y Baño León, entre otros²⁸. Sin embargo, la cuestión no es tan evidente en la práctica. De la Quadra advierte de que esto no significa que solo sea la Administración estatal la que pueda

26 Aragón dice de modo tajante que «Esas decisiones normativas no pueden trasladarse a las Comunidades Autónomas». Cfr. ARAGÓN, M., «Epílogo», en BIGLINO CAMPOS, P.; DURÁN ALBA, F. *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020; TAJADURA TEJADA, J., «El Estado de Derecho frente al Covid: reserva de ley y derechos fundamentales», *op. cit.*, p. 149.

27 Tajadura, apoyándose De la Quadra, sí admite que pueda realizarse una habilitación legal por parte de la propia Comunidad Autónoma, dentro de sus propias competencias, que supongan desarrollo de las bases sanitarias (sin contradecirlas), de manera que las propias autoridades autonómicas puedan restringir derechos como el de libertad de empresa permitiendo así la adopción de medidas sobre aforo, desinfección, horarios, distancia, suspensión o cierre de actividades y similares. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «Estado Autonómico y lucha contra la pandemia», en BIGLINO CAMPOS, P.; DURÁN ALBA, F. *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020.

28 ÁLVAREZ GARCÍA, V., 2020, *el año de la pandemia de la COVID-19*, *op. cit.*, pp. 29, 116 y otras. DOMÉNECH PASCUAL, G., «Derecho público del coronavirus (I). Competencia autonómica para adoptar medidas de contención», *Almacén de Derecho*, 14 de marzo de 2020, disponible en: <https://almacendederecho.org/derecho-publico-del-coronavirus-i-competencia-autonomica-para-adoptar-medidas-de-contencion/>; del mismo autor «Comunidades autónomas, derechos fundamentales y covid-19», *op. cit.* NOGUEIRA LÓPEZ, A., «Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción», *op. cit.*, pp. 22-31; BAÑO LEÓN, J.M., «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria», *op. cit.*, pp. 11-22; VELASCO CABALLERO, F., «Confinamientos autonómicos, el caso de Lleida», Blog de Francisco Velasco, 13 de julio de 2020, disponible en: <https://franciscovelasocaballeroblog.wordpress.com/2020/07/13/confinamientos-autonomicos-el-caso-de-lleida/>

adoptar las medidas restrictivas de estos derechos «pues la reserva de la competencia de regulación que cabría derivar de la reserva recogida en el artículo 81.1 no conlleva necesariamente la reserva de la competencia de ejecución», y por ello nada impide «que sean las autoridades autonómicas o incluso las locales, las que, de acuerdo con la distribución de competencias establecida en el bloque de la constitucionalidad, adopten, en todo caso sometidas al principio de proporcionalidad, las concretas medidas restrictivas de derechos y libertades a las que habilita, en su caso, una concreta Ley orgánica en una situación de crisis sanitaria»²⁹.

En mi opinión, estamos en un terreno en el que es difícil delimitar el ámbito al que pueden llegar las Comunidades Autónomas. Si existe una legislación básica estatal (orgánica u ordinaria) que prevea posibles limitaciones de derechos fundamentales, no me parece que les esté vetado a las administraciones territoriales incluir en las leyes aprobadas dentro de su ámbito competencial (por ejemplo, en materia sanitaria, de salud pública o de protección civil y emergencias), elementos que desarrollen, completen o contribuyan a la correcta ejecución de lo previsto en la legislación estatal. Podríamos, en todo caso, afirmar que no les es posible añadir nuevos límites a esos derechos, si se refieren a los regulados en los arts. 15 a 29 de la CE, pero eso no impide, como digo, que desarrollen normativamente de modo más completo lo previsto en la legislación básica estatal.

En este sentido, el Consejo de Estado, en su informe sobre el recurso de inconstitucionalidad que deseaba plantear el Gobierno central contra la modificación de la Ley de Salud Pública de la Xunta de Galicia³⁰, afirma que las medidas que pueden adoptar las Comunidades autónomas «no son solo pues las establecidas por las leyes sanitarias estatales mencionadas sino también las previstas, respetando el orden constitucional de distribución de competencias, en las leyes autonómicas aplicables». Y recuerda que, efectivamente, las CC.AA. ostentan competencias de «desarrollo legislativo» y «ejecución» de la legislación sanitaria básica del Estado, de acuerdo con lo previsto en sus respectivos Estatutos. Esto significa, evidentemente, que las leyes autonómicas deben adecuarse a lo dispuesto en la legislación estatal básica. Lo que no pueden hacer es regular medidas sanitarias que, en cuanto constituyan «un desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas», se encuentren reservadas a la ley orgánica. En este sentido, recuerda cómo el Tribunal Constitucional admite, con determinadas condiciones, que «la reserva enunciada en el artículo 81.1 de la Constitución para el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es incompatible con la colaboración internormativa entre la fuente a favor de la cual la reserva se establece y otras fuentes de producción reconocidas en la Constitución, para alcanzar,

29 DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «Estado Autonómico y lucha contra la pandemia», op. cit., p. 9.

30 Dictamen 213/2021, del Consejo de Estado, sobre el Recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia. Aprobado el 22 de marzo de 2021.

de este modo, una disciplina integral y articulada del ámbito de que se trate». Y entre esas fuentes están las leyes ordinarias, tanto estatales como autonómicas, dentro del orden constitucional de competencias³¹.

Por lo tanto, si bien se acepta esta colaboración internormativa, lo que no pueden hacer las Comunidades Autónomas es incluir medidas sanitarias que innoven con relación a la legislación básica estatal, que supongan nuevas restricciones de derechos de los recogidos en los arts. 15 a 29 de la Constitución, porque eso sí está reservado a ley orgánica. En definitiva, se pueden incluir medidas en la legislación autonómica mientras no contravengan la reserva de ley orgánica y constituyan un desarrollo normativo legítimo de la legislación estatal que no se exceda de lo dispuesto en esta. Entre otras cosas, en la legislación sanitaria estatal muchas veces se incluyen medidas a título ejemplificativo, que admiten otras diferentes y que podrían concretarse en la legislación autonómica. Pero, insisto, no se pueden incluir nuevas medidas como la de la vacunación obligatoria que, en su caso, deberían preverse en la legislación estatal. Lo cierto es que muchas de las medidas incluidas en el apartado más cuestionado de la reforma de la Ley de Salud gallega (el apartado b) del artículo 38.2) deberían haber sido previstas en la legislación estatal. De hecho, desde la Xunta de Galicia se hizo una propuesta legislativa al Gobierno central, en el verano de 2020, que incluía muchas de ellas. Al no tener respuesta del Ejecutivo central, el Gobierno gallego intentó incluirlas en su legislación autonómica.

Se pone de manifiesto, una vez más, que, ante la inacción de las instituciones centrales del Estado, las Comunidades Autónomas, que son las que deben gestionar el día a día, buscan maneras de rellenar esas lagunas. La insuficiencia de la ley estatal es manifiesta, y el propio Consejo de Estado lo reconoce en su Dictamen, considerando que la LOMESP «contiene una regulación en extremo genérica de las medidas especiales en materia de salud pública limitativas de derechos fundamentales y libertades públicas y no efectúa remisión alguna al legislador autonómico». Recuerda que la ley tiene casi cuarenta años y que «podría resultar insuficiente para hacer frente, de acuerdo con los principios constitucionales de eficacia administrativa y seguridad jurídica, a las necesidades a las que se enfrentan las autoridades sanitarias competentes»³².

Es unánime la consideración de que los preceptos que incluye la LOMESP se caracterizan por su amplitud y generalidad, y que aportan poca seguridad jurídica. De hecho, el Tribunal Supremo refiere ese carácter indeterminado y genérico de sus preceptos, por referirse a situaciones demasiado amplias. Aun con todo, no se estima que sean tan indeterminados que «permitan hacer cualquier cosa a las administraciones que los utilicen» (FJ 4, letra D), de la STS 719/2021) y ello porque parten de la existencia de una circunstancia objetiva como es una

31 STC 137/1986, de 6 de noviembre, FJ 3.

32 Dictamen 213/2021, del Consejo de Estado, apartado V. B).

enfermedad transmisible, aunque advierte que en aras de la seguridad jurídica sería deseable una regulación concreta en emergencias y catástrofes como la que hemos vivido y estamos viviendo.

También conviene recordar que no todas las medidas sanitarias tienen el mismo cariz: la intensidad y la extensión en la afectación de los derechos fundamentales es muy variada, y en algunos casos ni siquiera se trata de medidas que afecten a un derecho fundamental. En efecto, el hecho de haber declarado el estado de alarma para adoptar medidas limitativas de derechos fundamentales (y ello al margen de si, en algún momento, como se desprende de la STC 148/2021, de 14 de julio, se trató de una suspensión y no limitación) no implica que todas ellas únicamente puedan adoptarse bajo su vigencia.

Un buen ejemplo de ello lo encontramos en diferentes leyes sanitarias o de salud pública autonómicas (como la Ley gallega de la que hemos hablado), que desarrollan normativamente tanto la LOMESP como otras leyes sanitarias estatales. Y en esas leyes autonómicas se han comenzado a incorporar conceptos asentados ya científicamente, que deberían incluirse también en la legislación estatal (cuarentena, aislamiento, incidencia acumulada, etc.). No hacerlo de esta manera provoca situaciones conflictivas. Así, en la Ley de Salud gallega se introduce el concepto de «zona afectada» por la enfermedad transmisible para delimitar a qué personas podrían aplicarse las medidas sanitarias limitadoras de derechos (lugares geográficos en los cuales sean necesarias medidas sanitarias de control de la propagación de la enfermedad). Se está ampliando, por tanto, el espectro de individuos, y aunque puede entenderse que el inciso final del art. 3 LOMESP daría cobertura a esta previsión normativa, sería conveniente que se introdujese en la propia Ley orgánica y no se dejase abierto como ahora ocurre.

En definitiva, creo que puede haber un término medio entre las posiciones doctrinales reseñadas. Ni la cláusula general puede ser tan amplia como lo es hoy en día, con una redacción tan escueta e insuficiente de la Ley orgánica, ni la regulación actual impide absolutamente tomar medidas limitadoras de derechos a las Comunidades autónomas. Y, de modo complementario, me parece que debemos subrayar también que no es imprescindible el estado de alarma para tomar muchas de las medidas necesarias desde el punto de vista sanitario. Es decir, que no todas las medidas que se toman durante un estado de alarma son exclusivas del «derecho de excepción», sino que pueden tomarse también en el «derecho de normalidad». No obstante, hay que ser muy cuidadosos en el análisis de las restricciones de derechos. Así, no me parece coherente con su argumentación sobre la intensidad y extensión de las restricciones que el Tribunal Supremo haya avalado, con base en la LOMESP, una medida como el confinamiento de la población en horario nocturno. La limitación de la libertad de movimientos en determinados horarios es una medida que, cuando afecta a una generalidad de personas, por razón del barrio, zona o municipio en el que habiten, supone no solamente una restricción muy intensa de ese derecho fundamental, sino que, desde el punto de vista de la extensión, no parece que pueda adoptarse con base en esa ley orgánica. En este caso, la medida encaja claramente en

lo previsto en el artículo 11. a) de la Ley Orgánica 4/81, de los estados de alarma, excepción y sitio para la declaración de estado de alarma³³. Esto es todavía más claro a la luz de la STC 148/2021, de 14 de julio. Si el Tribunal Constitucional consideró que durante la declaración del primer estado de alarma la restricción de esta libertad deambulatoria fue tan intensa y extensa que, en realidad, se trató de una suspensión, parece lógico concluir que lo que sí tiene encaje dentro del estado de alarma es una limitación en determinadas horas y lugares, porque es precisamente lo que se prevé en la LOEAES. Por ello, no considero que puedan admitirse limitaciones generalizadas de movilidad en horario nocturno con el único fundamento de la LOMESP. Esta solamente daría cobertura a esas medidas si afectasen a grupos reducidos y muy concretos de personas: un edificio, quizá sus edificios colindantes. Pero si se trata de territorios enteros, de Comunidades autónomas, de grandes municipios, debe acudirse al estado de alarma³⁴. La indefinición del art. 3 no puede suponer que todo quede en manos de los tribunales y de la aplicación del test de proporcionalidad. En este caso, hay instrumentos normativos muy claros cuya utilización no puede sustituirse por la de otros mecanismos que, en mi opinión, no resultan adecuados.

Hasta aquí hemos hablado de la posible inclusión de limitaciones de derechos en las leyes ordinarias autonómicas. Pero si hay algo claro es que en donde no puede de ninguna manera innovarse es en las normas reglamentarias, que solamente pueden ejecutar y concretar puntualmente lo previsto en la legislación orgánica u ordinaria. Aquí entramos nuevamente, sin embargo, en la discusión sobre la habilitación que supone el artículo 3 de la LOMESP. Por ejemplo, Tajadura sostiene que no es suficiente dicho artículo para dar cobertura a las normas reglamentarias de las diferentes Comunidades Autónomas conforme a las cuales se restringían derechos, al entender que dicho precepto no precisa «con claridad los indicadores objetivos para aplicar las limitaciones», ni cumple con las exigencias de la reserva de ley, en cuanto a la calidad (aunque sí en lo que se refiere al carácter formalmente orgánico, como es obvio)³⁵. De este modo, se habría dado lugar a la arbitrariedad y nos encontraríamos con una vulneración del principio de reserva de ley en su dimensión material³⁶.

También Aragón insiste en una línea parecida: «No puede existir, en materia de limitación de derechos fundamentales, una especie de habilitación en

33 Recordemos que este artículo habilita para «limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos».

34 En el momento en que se está revisando este texto para la publicación se está dando un ejemplo claro de estado de alarma que debería declararse y no se ha hecho: la erupción volcánica en la isla de La Palma está llevando a tomar medidas de confinamiento de la población que claramente encajan de nuevo en este supuesto.

35 Se remite a la STC 292/2000, FJ 15: «La falta de precisión de la ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción (...) al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla», y concluye el Tribunal diciendo que la falta de certeza y previsibilidad en la norma supondría incluso una vulneración del contenido esencial del derecho fundamental.

36 TAJADURA TEJADA, J., *Ibid.*, p. 150.

blanco efectuada por la ley orgánica a favor de otras normas (según doctrina constante del TC), y menos a simples órdenes de las consejerías autonómicas»³⁷. De hecho, denuncia que podría ser inconstitucional solucionar los problemas interpretativos a que da lugar el art. 3 de la LOMESP mediante una modificación de la legislación procesal (no sustantiva), como la de la LJCA, pues esta no puede servir como título atributivo de competencia material al poder (en este caso, autonómico) del que emana la medida susceptible de control.

Este sector doctrinal considera, además, que si el art. 3 de la LOMESP fuese suficiente para tomar medidas tan drásticas como el confinamiento domiciliario o los llamados cierres perimetrales, dejaría de tener sentido el derecho de excepción, y no se distinguiría de la declaración del estado de alarma. Solamente podrían tomarse medidas del tipo de limitación de aforos, de horarios, distancia de seguridad o similares. Pero me parece que olvidan estos autores que estas últimas medidas podrían basarse no en la LOMESP, sino en leyes ordinarias como la Ley General de Sanidad o la de Salud Pública, o incluso en legislación ordinaria autonómica. Creo que estamos ante un problema de cómo medir la intensidad y la extensión de las posibles restricciones de derechos. Ante la absoluta indeterminación de la LOMESP, entiendo que puedan surgir estas dudas doctrinales. Pero eso lo que pone de manifiesto, de nuevo, es la urgencia por completar y actualizar la mencionada ley orgánica, para dar cobertura a las medidas que supongan una restricción más intensa y extensa de los derechos fundamentales de la sección primera del capítulo II del Título I de la CE.

Sin embargo, mientras eso no se produce, hay que otorgar cierta virtualidad a la actual redacción de los preceptos de la Ley orgánica, especialmente la del art. 3. No podemos olvidar que el legislador fue consciente de que se estaba aprobando una ley con carácter orgánico precisamente para posibilitar la restricción de derechos fundamentales de los incluidos en el art. 81 de la Constitución. Por eso, la que dejaría de tener sentido, si llevamos el argumento al extremo, si decimos que no habilita para esa limitación de derechos, es la LOMESP. Y ahí es donde entra en juego el respeto al principio de proporcionalidad, y el control judicial de las normas que incluyan esas medidas, aunque, como expondré en el siguiente apartado, debería ser un control a posteriori y no un control preventivo.

IV. CONTROL JUDICIAL DE LAS MEDIDAS. EL INCORRECTO PAPEL ATRIBUIDO AL PODER JUDICIAL EN LA ÚLTIMA REFORMA

Tras la declaración del segundo estado de alarma de carácter nacional (hubo uno intermedio solamente declarado para la Comunidad de Madrid) por el Real Decreto

37 ARAGÓN, M., «Epílogo», op. cit.

926/2020, de 25 de octubre, se aprobó la correspondiente prórroga del Congreso de los Diputados, que dio lugar al Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorrogaba el estado de alarma hasta el 9 de mayo de 2021.

En el BOE del 5 de mayo de 2021 se publicaba el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma, y el 9 de mayo de 2021 llegaba a su fin la situación de excepcionalidad.

Las Comunidades Autónomas fueron publicando desde ese momento un buen número de normas (la mayor parte, de carácter reglamentario) por las que se adoptaban (y adoptan) medidas y restricciones para combatir el auge de contagios por todo el país. Las medidas puestas en marcha por los gobiernos autonómicos, de la misma manera que ocurrió en el verano de 2020, una vez decaído el primer estado de alarma declarado durante la pandemia, no siempre han sido ratificadas por la justicia.

La necesaria ratificación judicial de dichas medidas se encomienda a las salas de lo contencioso administrativo de los TSJ, en el caso de que tengan carácter autonómico, y a la Audiencia Nacional, si tienen carácter estatal. Esto se consiguió a través de una primera modificación, operada por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, en el art. 10. 8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa³⁸. Con anterioridad les correspondía a los juzgados de lo contencioso administrativo, competencia que ahora les queda reservada cuando se trate de medidas sanitarias singulares restrictivas de los derechos fundamentales de los ciudadanos individualmente considerados. El Gobierno, a pesar de las reiteradas peticiones de que modificase la legislación sanitaria para dotar a los tribunales de mejores instrumentos a la hora de llevar a cabo esta función, optaba por modificaciones en la legislación adjetiva (no sustantiva), como es la legislación procesal. Esta primera reforma no contribuyó en absoluto a solucionar el problema de las discrepancias entre los juzgados de lo contencioso, sino que estas se trasladaron a los TSJ.

De hecho, al ver que comenzaba a repetirse la disparidad de criterios entre TSJ, que ya se había observado a partir del verano de 2020 y que había motivado la declaración del estado de alarma a finales de octubre, el Gobierno lleva a cabo en 2021 una modificación procesal más. A través del Real Decreto-Ley 8/2021 se

38 Este artículo establece la competencia de las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia para «conocer de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente». Este precepto supuso la modificación del artículo 8.6 LRJCA, en el que señalaba la posibilidad de que los Juzgados de este orden autorizaran o ratificasen «las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental».

introdujo un nuevo recurso de casación ante el TS frente a los autos dictados en materia de autorización o de ratificación de medidas sanitarias por las Salas de lo Contencioso de los Tribunales de Justicia o la de la Audiencia Nacional³⁹, que ha supuesto ya que el Supremo se haya pronunciado en varias ocasiones.

Este nuevo recurso tiene una naturaleza confusa, que parece alejarse de la propia de una casación. El Tribunal Supremo se convierte, más bien, en una segunda instancia revisora de los juicios de proporcionalidad previamente realizados, y si lo que se somete a casación es un auto que deniega la autorización o ratificación de las medidas sanitarias por falta de proporcionalidad, la naturaleza casacional del recurso está ausente⁴⁰. Estaríamos ante un nuevo juicio de hechos, no casacional: no se discute jurídicamente la interpretación o el alcance de ninguna norma⁴¹. Y precisamente la naturaleza casacional solamente se alcanzaría si el objeto del recurso fuese la interpretación del art. 3 de la LOMESP, pero no es así. Por otra parte, se trataría de resoluciones que solamente sirven para el territorio afectado, por lo que tampoco se consigue unificar el ordenamiento. En cada territorio hay contextos diferentes y soluciones que pueden ser diversas.

Consciente de las dificultades que plantea este nuevo recurso, el Supremo, cuando ha empezado a resolverlos, lo ha hecho con prudencia, conociendo, por un lado, que está pendiente una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (por eso dice literalmente que dicta la Sentencia «a la espera de que el Tribunal Constitucional se pronuncie»; lo cual, por cierto, debería producirse con la máxima urgencia) y admitiendo que su control debe ser sumamente limitado. Por un lado, debe comprobarse la competencia y la habilitación normativa para limitar derechos por parte de la administración correspondiente, y el «juicio ha de quedar circunscrito a la constatación preliminar de los aspectos externos y reglados de la actuación administrativa y, todo lo más, a una verificación *prima facie* de la adecuación, necesidad y proporcionalidad de las medidas dispuestas» (FJ 4, apartado B), de la STS 719/2021). De manera que incluso se afirma que la decisión que se tome por parte del tribunal no condiciona «de ningún modo el control de la legalidad que se efectúe a través del recurso contencioso-administrativo, si es que se interpone por quien tenga legitimación para ello, contra el acuerdo o resolución que las haya establecido o contra los actos que las apliquen»⁴². Y, después de una argumentación un tanto forzada, para intentar

39 ÁLVAREZ GARCÍA, V., «La ratificación judicial de las medidas sanitarias de carácter general: su configuración jurisprudencial y sus problemas constitucionales», *Diario del Derecho*, Iustel, 27 de mayo de 2021.

40 Así lo apuntaba GONZÁLEZ LÓPEZ, A., «La modificación de la Ley de jurisdicción contencioso-administrativa en materia de ratificación o autorización de medidas sanitarias urgentes», *Actualidad Administrativa* n.º 12, 2020, p. 5.

41 RIDAO, J., *Derecho de crisis y estado autonómico. Del estado de alarma a la cogobernanza en la gestión de la Covid-19*, Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 133.

42 Esta preocupación por distinguir la función de control previo del control de legalidad que puede ejercerse con posterioridad es común a casi todas las resoluciones judiciales producidas en estos procedimientos. Pero resulta muy complicado distinguirlos, precisamente porque, como se expone en las líneas

buscar un «hueco» a este nuevo recurso de casación, concluye situando el interés casacional objetivo en la comprobación de que «la Sala competente, al resolver sobre la ratificación solicitada, se ha ajustado a los términos del control preliminar que hemos indicado antes» (recordemos que eran la habilitación jurídica y el juicio de proporcionalidad).

A pesar del esfuerzo argumentativo del Tribunal Supremo, este nuevo «recurso de casación» se sitúa lejos de la naturaleza nomofiláctica propia de la casación, que no está vinculada al análisis de hechos concretos, por mucho que el Tribunal Supremo sea prudente y pueda respetar el criterio de los TSJ, para evitar que se convierta en una segunda instancia o apelación⁴³.

Tanto las reformas iniciales como esta última son criticables por diversos motivos. En el caso de esta última, en primer lugar, se vuelve a abusar del Decreto Ley, pervirtiéndose el presupuesto de urgencia que debe presidir su uso, de tal manera que podemos decir, con Álvarez García, que estamos ante «una norma legal extraordinaria convertida en la más ordinaria del catálogo de normas con rango de ley que existen en nuestro Derecho»⁴⁴. Pero además supone que el Poder Ejecutivo (también el legislativo, aunque en este caso no sea quien lleva la iniciativa), en lugar de promover los cambios normativos necesarios, vuelve a requerir el concurso del Poder Judicial para que lleve a cabo una tarea que solo podría desarrollarse adecuadamente si la norma a interpretar contuviese los criterios necesarios para que los tribunales pudiesen valorar cada una de las circunstancias concretas. Ahora, al no modificar la legislación sustantiva, se les obliga a realizar una tarea que más bien corresponde al legislador, y tienen que cubrir esa laguna normativa mediante una función de colegisladores que no les corresponde. Se incide así en el mismo error de las reformas iniciales, cuestión en la que me detendré ahora con más profundidad. La función de jueces y magistrados es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y nunca legislar, aunque sea ratificando o vetando una medida de carácter general. En estos casos, el juez no está revisando a posteriori la legalidad de una medida adoptada por la autoridad sanitaria, sino que la entrada en vigor de esta depende única y exclusivamente de su decisión⁴⁵. Por lo tanto, y

posteriores, no debería haberse atribuido a los jueces la de controlar previamente la norma como requisito para su eficacia.

43 En una línea similar, PALOMAR OLMEDA, A., «Las medidas sanitarias y la actuación judicial: la nueva modalidad del recurso de casación contencioso-administrativo», *Diario La Ley*, n.º 9852, 2021, pp. 10 y 12.

44 ÁLVAREZ GARCÍA, V., «Un nuevo capítulo en el desconcierto jurídico de la lucha contra la pandemia de Covid-19: ¿la rebelión de los jueces», *Diario del Derecho*, Iustel, 7 de mayo de 2021.

45 El TS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta problemática a raíz del Auto 167/2021 del TSJ de las Islas Baleares en el que se adoptaba una limitación de las características del primer supuesto (el conocido como «toque de queda»), pero lo hace en una línea diferente: en su resolución, el TS declaró la nulidad de las medidas adoptadas por la Comunidad autónoma por entender que esa facultad está reservada al estado de alarma, pero no porque considerase inconstitucional que las autoridades autonómicas tomaran medidas reservadas para el estado de alarma, sino porque «no se ha justificado que las mencionadas medidas sanitarias restrictivas de la libertad de circulación y del derecho a la intimidad familiar resultasen indispensables a la luz

en realidad, la configuración del marco de medidas que deben adoptarse en una situación de pandemia depende de jueces y tribunales, que adoptan una función de creación de las mismas y no de revisión de la legalidad de las ya adoptadas.

El legislador, al no asumir su responsabilidad, no ha efectuado un juicio de proporcionalidad *en abstracto* (al establecer la norma y contemplar la situación a regular) sino que mantiene la oferta de una disposición lo bastante amplia como para dar cabida a situaciones que merecen, y otras no tanto, la consecuencia jurídica. Una buena técnica legislativa determina que el juzgador realice un juicio, más que de proporcionalidad, de subsunción, entendido como que, si el supuesto de hecho se cumple y la norma puede desplegar su efecto jurídico, previo juicio de proporcionalidad *en concreto* de cara al sacrificio del derecho fundamental, esta medida sería legal. La actual situación legislativa provoca que sea el tribunal quien debe asumir ambos juicios. De modo que deba considerar de una parte si, dentro de la generalidad del art. 3, la situación concreta cabe. Y, una vez sentado lo anterior, qué medidas quedarían justificadas ante esa situación concreta.

Como ya hemos tenido ocasión de recordar, para buena parte de la doctrina, el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/86 no se refiere a medidas de alcance general, sino a actos administrativos sanitarios que limiten los derechos fundamentales de personas determinadas. La norma anteriormente vigente (art. 8.6 LRJCA) hablaba precisamente de juzgados (y no del TSJ) porque se estaba pensando en medidas individualizadas, y como garantía de los derechos fundamentales de las personas afectadas se pedía la autorización o ratificación. Con la reforma introducida, el legislador parece dar por hecho que, al menos en su parte final, dicho precepto podría servir para tomar medidas de ámbito general. Esto supone que son los jueces y tribunales quienes, en definitiva, ratifican o no las medidas sanitarias y deciden sobre las mismas, configurando así el marco aplicable. De ahí que quepa poner en duda la constitucionalidad de esta reforma, ante la posible vulneración del principio de separación de poderes. Es cierto que esta ratificación o autorización judicial solo es precisa cuando las medidas pueden implicar limitación o restricción de algún derecho fundamental, según lo dispuesto en el artículo 10.8 LRJCA. Ello supone que la ratificación judicial de las medidas no alcanza a la declaración de conformidad a derecho de estas, ni a su oportunidad,

de la situación epidemiológica, sino que se apoyan solo en consideraciones de prudencia». Es decir, se afirma que las autoridades autonómicas pueden adoptar unas medidas que el mismo Tribunal Supremo considera que «por su severidad y por afectar a toda la población autonómica, inciden restrictivamente en elementos básicos de la libertad de circulación y del derecho a la intimidad familiar, así como del derecho de reunión». Resulta sorprendente la conclusión del Tribunal Supremo porque la única base que invoca para adoptarla es el artículo 3 de la LOMEMSP, que en la misma resolución califica así: «es innegablemente escueto y genérico; desde luego, no fue pensado para una calamidad de la magnitud de la pandemia del Covid-19, sino para los brotes infecciosos aislados que surgen habitualmente». Pero en lugar de deducir que un artículo así no puede servir para adoptar el toque de queda, lo completa por su cuenta con un requisito: «Puede utilizarse como fundamento normativo siempre que la justificación sustantiva de las medidas sanitarias esté a la altura de la intensidad y la extensión de la restricción de derechos fundamentales de que se trate».

sino que el pronunciamiento del Tribunal se ciñe a determinar si la medida en cuestión limita derechos fundamentales, si tiene cobertura legal, si la adopta el órgano competente y si respeta los principios de justificación, idoneidad y proporcionalidad que exige la doctrina constitucional en esta materia⁴⁶. Pero ni siquiera desde esta perspectiva parece constitucionalmente admisible.

El control judicial del antiguo art. 8.6 LJCA era un control *sobre la ejecución* de las medidas sanitarias cuando estas afectaran a derechos fundamentales y, por tanto, conllevara el ejercicio de compulsión sobre las personas o grupos de personas concretas e identificadas⁴⁷. Por eso, antes de la declaración del primer estado de alarma, y una vez decaído este, ya hubo tribunales que rechazaron que pudiesen tomarse medidas que afectasen a grupos de personas no identificados, por razón de lugar de residencia o en determinadas franjas temporales⁴⁸.

Pero durante la vigencia del primer estado de alarma hubo tiempo suficiente para acometer los cambios normativos necesarios, como por cierto se hizo en numerosos países europeos. Sin embargo, en lugar de modificar la legislación sanitaria para darle mayor certeza y previsibilidad, el legislador optó por modificar la norma procesal, previendo una autorización o ratificación de las medidas destinadas a un colectivo no identificado de personas. Indirectamente, se estaba así queriendo resolver la duda interpretativa sustancial referida al artículo 3 de la LOMESP, puesto que se estaba admitiendo que podía afectar no solamente a los enfermos y contagiados y sus contactos (algo compatible con el carácter ejecutivo y coercitivo de esas medidas), sino a colectivos más amplios de personas (que suponía un control preventivo en abstracto, no en la fase de ejecución de la norma). Pero tanto esta nueva función de los Tribunales Superiores de Justicia como su alcance han suscitado —como hemos visto— numerosas controversias y, además, no han servido para solucionar el problema, pues se han mantenido las divergencias y se han intentado solucionar insistiendo en la misma línea equivocada con la nueva modificación de la legislación procesal por la que se crea el nuevo recurso ante el Tribunal Supremo (llamado de casación, pero que, como hemos dicho, responde a otro objetivo y pierde la naturaleza excepcional de la casación).

46 El TC, en su STC 96/2012, de 7 de mayo, señaló que «para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)[...]»

47 VELASCO CABALLERO, F., «Sobre la ratificación judicial de las medidas sanitarias contra el Covid-19», *Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, n.º 123, pp. 11 y ss.; BAÑO LEÓN, J.M., «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria», op. cit., p. 16.

48 Ejemplos de ello son el Auto 13/2020, de 16 de marzo, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 1 de Zaragoza o el Auto del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 10 de Valencia, de 9 de septiembre. Repasa estas vicisitudes ÁLVAREZ GARCÍA, V., 2020, *el año de la pandemia de la Covid-19 (estudios jurídicos)*, op. cit., pp. 117-118.

Por tanto, tanto la reforma que atribuye la nueva función a los TSJ como la que encomienda al Supremo la resolución de este nuevo recurso tienen un alcance y función bastante confusos y discutibles, que no siempre responde a la naturaleza procesal de la norma⁴⁹. Porque lo que no puede hacerse es utilizar normas procesales (adjetivas) para modificar (aunque sea indirecta o tácitamente) derecho sustantivo. Hemos pasado de un control sobre la ejecución de medidas que afectaban a personas individuales (y que necesitaba coerción o compulsión, en caso de oposición al cumplimiento) a un control sobre medidas sanitarias generales, con independencia de la actitud de los individuos a los que afecta, es decir, sin tener en cuenta si hay oposición y por lo tanto sin que encontremos el elemento de la coerción que justificaba la posible intervención judicial⁵⁰. Es como si los jueces tuviesen que asumir la función de controlar preventivamente a la Administración, haciéndose así corresponsables de sus decisiones; son como un «coadministrador que participa, sin información suficiente, en el ejercicio de potestades administrativas discrecionales»⁵¹. No se trata de cuestionar que este control judicial supone una excepción del principio de autotutela de la Administración (posibilidad que no ha sido rechazada por el propio Tribunal Constitucional⁵²), sino que se hace para encomendar a los jueces una función distinta a la del control de la actuación administrativa, que es la que en cuanto tales les corresponde⁵³.

En definitiva, conforme a la nueva redacción de la LJCA, la aprobación de cualquier medida sanitaria general que suponga una restricción de derechos fundamentales debe contar con el concurso de dos poderes: el reglamentario y el judicial⁵⁴. Estamos ante un control previo de la potestad reglamentaria de la Administración ajeno a la labor de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117 CE) y que se inmiscuye en el cometido propio del Poder Ejecutivo y/o el Legislativo, como han denunciado algunos tribunales⁵⁵, y por ello se ha llegado incluso

49 ALONSO MAS, J.M., SALAMERO TEIXIDÓ, L., «Artículo 8», en EZQUERRA HUERVA, A., OLIVÁN DEL CACHO, J. (Dir.). *Comentarios a la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 274-276.

50 COBREROS MENDAZONA, E., «Salud pública y tratamientos sanitarios obligatorios», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 93-94, 2021, p. 12; BAÑO LEÓN, J.M., «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria», op. cit., p. 16. En esta línea, FERNANDO PABLO, M. M., «Sobre la creación, categorización y aplicación de la nueva legalidad: alarma en el Estado de Derecho», *Revista de la Administración Pública*, n.º 214, 2021, pp. 274-275.

51 MUÑOZ MACHADO, S., «El poder y la peste de 2020», op. cit., p. 128.

52 El TC admite la compatibilidad del privilegio de autotutela con la Constitución desde la STC 22/1984, de 17 de febrero, vinculándolo al principio de eficacia y legalidad (arts. 103.1 y 9.3 CE), pero no ha dicho que tales principios exijan que las Administraciones Públicas gocen en todo caso de tal privilegio, sin excepción. Así lo recuerda el TSJ de Aragón en su Auto 77/2020, de 3 de diciembre, FJ 6.

53 En este sentido, entre otros, RIDAO, J., *Derecho de crisis y estado autonómico. Del estado de alarma a la cogobernanza en la gestión de la Covid-19*, op. cit., p. 124.

54 ÁLVAREZ GARCÍA, V., 2020, *el año de la pandemia de la Covid-19 (estudios jurídicos)*, op. cit., p. 119.

55 Auto 102/2020, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 1 de Logroño, de 22 de septiembre.

a plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 10.8 de la LJCA, admitida a trámite por el Tribunal Constitucional⁵⁶. De esta forma, como acertadamente expone Álvarez García, «el Poder Judicial se convierte realmente en otro poder normador, junto al Ejecutivo y al Legislativo. Se afecta de este modo al principio de división de poderes, ya que el Poder Judicial tiene como función constitucionalmente atribuida el juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, pero no participar (con poder de veto) en la elaboración de disposiciones de carácter general que afectan a todos los ciudadanos»⁵⁷.

Sobre esto insiste Manuel Aragón, cuando analiza la reforma de la LJCA. Aprecia dos posibles problemas de inconstitucionalidad⁵⁸:

- a) El primero es su posible contradicción con la función constitucional del Poder Judicial, cuyas competencias (incluidas las que por ley cabe atribuirle según el art. 117.4 CE) no pueden invadir las que son propias del Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, en este caso dictar normas generales (de ámbito nacional o territorial). En definitiva, el Poder Judicial no puede co-legislar, que es lo que sucede si para que una norma pueda entrar en vigor se exige la previa autorización judicial.
- b) El segundo problema es que una norma de carácter procesal, como es la previsión legal de ese control previo, no puede servir como título atributivo de competencia material al poder (en este caso autonómico) del que emana la medida susceptible de control.

Con relación al segundo problema, ya nos hemos detenido anteriormente. La primera cuestión es la que ahora nos interesa, y que ha sido objeto del Auto de interposición de cuestión de inconstitucionalidad por parte del TSJ de Aragón. En un Auto muy bien escrito y argumentado, el tribunal pone en duda el «fundamento legal de su competencia» para resolver lo que se le solicitaba por parte del Gobierno aragonés⁵⁹. Recuerda que la autorización o ratificación de las medidas

⁵⁶ Auto 77/2020 del TSJ de Aragón de 3 de diciembre. Providencia del Tribunal Constitucional de 16 de febrero de 2021 (BOE de 23 de febrero).

⁵⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, V., 2020, *el año de la pandemia de la Covid-19 (estudios jurídicos)*, op. cit., p. 120. En sentido similar, PRESNO LINERA, M.A., «Teoría y práctica de los derechos fundamentales en tiempos de Covid-19», *Administración & Ciudadanía: revista da Escola Galega de Administración Pública*, n.º 15(2), p. 347, doi: 10.36402/ac.v15i2.4643; RIDAO, J., *Derecho de crisis y estado autonómico. Del estado de alarma a la cogobernanza en la gestión de la Covid-19*, op. cit., p. 133; MUÑOZ MACHADO, S., «El poder y la peste de 2020», op. cit., p. 128.

⁵⁸ ARAGÓN REYES, M., «Epílogo», op. cit.

⁵⁹ EL TSJ de Aragón pone en duda la contabilidad con la Constitución de esta nueva función de «control previo de constitucionalidad de la actuación de las administraciones públicas o, si se prefiere, conferir a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia una función pre-jurisdiccional, consultiva vinculante, como apéndice judicial de un procedimiento administrativo de elaboración de una disposición administrativa, cuando ésta tiene por objeto la adopción de medida en materia sanitaria que

supone una excepción al privilegio de autotutela de la actuación administrativa⁶⁰, pues el artículo 10.8 supone la renuncia a ese privilegio⁶¹, hurtando además la posibilidad del principio de contradicción (al contrario de lo que ocurre en el ejercicio de las demás jurisdicciones), y asumiendo así una «función consultiva vinculante» que el tribunal no considera adecuada, cuestión sobre la que profundiza en los siguientes fundamentos de derecho.

Tras recordar la jurisprudencia constitucional que declara compatible con la Constitución el privilegio de la autotutela de la Administración, afirma que no se trata de que duden de ello, sino de que la nueva previsión legal sea ajustada a la Constitución «cuando, correlativamente, no hay fundamento constitucional para que las Salas de lo Contencioso-Administrativo ejerzan una función consultiva vinculante, prejudicial, participando de este modo del proceso de elaboración de un acto administrativo —o de una disposición general— que contiene medidas del tipo de las enunciadas en el precepto cuestionado» (FJ 6).

La Sala entiende que «el artículo 10.8 de la LJCA atribuye a las Salas de lo Contencioso-Administrativo una función consultiva vinculante, prejudicial, apéndice del procedimiento administrativo de elaboración de un acto administrativo o una disposición general que excede los límites de la función jurisdiccional que atribuye a todo órgano judicial el artículo 117.3, y que tampoco se justifica, conforme al artículo 117.4, por razón de la garantía de los derechos fundamentales», y eso es lo que le lleva a plantear la cuestión.

El problema de fondo que aquí se plantea es muy relevante para las categorías dogmáticas del Derecho Constitucional, puesto que se están poniendo en cuestión mediante modificaciones normativas como esta. La división de poderes, uno de los elementos esenciales de los Estados contemporáneos, desde la Revolución Francesa, implica que la facultad que corresponde a los jueces sea la del control de la legalidad, pero partiendo de la presunción de veracidad de la ley, una

potencialmente impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales, y se dirijan a una pluralidad indeterminada de ciudadanos» (FJ 3).

60 En el FJ 4 del Auto dice el TSJ que «tanto las autorizaciones o ratificaciones de medidas que afectan a personas o grupos de personas individualmente identificadas, como las autorizaciones o ratificaciones de medidas que tienen por destinataria una pluralidad indeterminada de ciudadanos, debilitan o exceptúan el privilegio de autotutela de la actuación administrativa —ciertamente cuando de actos administrativos hablamos, pues conviene recordar que el artículo 10.8 no impone que las medida a las que se refiere deban plasmarse en un acto administrativo—, privilegio que deriva de la presunción de legalidad y validez de los actos de las Administraciones públicas —artículo 39.1 de la Ley 39/2015—, que enlaza con el principio de legalidad y eficacia consagrado en el artículo 103 de la C.e.».

61 En el FJ 5, se dice lo siguiente: «El artículo 10.8 supone la renuncia por la Administración al privilegio de autotutela declarativa —artículo 103 de la C.e.— situando en el Poder Judicial, en las Salas de lo Contencioso-Administrativo, el deber de definir el derecho en el caso concreto, como ocurre en el resto de las jurisdicciones, pero, a diferencia de lo que ocurren en las demás, sin posibilidad de fundar la decisión judicial en un juicio de contradicción. Son las Salas de lo Contencioso-Administrativo —Poder Judicial— las que asumen la responsabilidad de una decisión general y política que responde a criterios y motivaciones diferentes a las propias de una decisión netamente judicial, asumiendo, como decíamos al principio, una función consultiva vinculante que la Constitución no le confiere».

vez publicada. Este principio acaba evolucionando, a partir de inicios del siglo XX con Kelsen, en la atribución al Tribunal Constitucional del control de constitucionalidad. Y no olvidemos que el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad lleva consigo la paralización del caso concreto por parte del juez, que debe estar a lo que resuelva el Tribunal Constitucional.

La Revolución francesa se hizo en gran medida contra cualquier potestad de control de los jueces. Ello era así porque existían dos tipos de Derecho: el consuetudinario, que no requería publicación y se basaba en la costumbre, y el Derecho emanado por el Rey, el soberano, que necesitaba registrar la ley ante los parlamentos (los llamados parlamentos judiciales, que ejercían atribuciones en materia de justicia). En el proceso de registro se podían plantear objeciones, negándose a registrarla y presentando esas observaciones o alegaciones al Rey. Se trataba de una suerte de control previo por parte de los jueces (los tribunales registraban los decretos reales con la pretensión de verificar su autenticidad). Y los jueces convierten así el registro en un control a priori de las normas.

El Rey consideró una usurpación de poderes este modo de actuar, y por eso desterró a algunos jueces y cerró algunos parlamentos⁶². De ahí que los revolucionarios franceses tengan muy presente lo acontecido, y Condorcet, cuando diseña el nuevo modelo, deja claro que los jueces están sometidos a la ley aprobada por el Parlamento y tienen que cumplirla (de hecho, se eliminan los parlamentos judiciales y los jueces pasan a estar nombrados y pagados por el Estado). Se trataba de «situar en el lugar que ocupaba el Rey soberano al Parlamento representante de la sociedad, que lo ocupaba de la misma absoluta manera que antes lo había hecho el monarca absoluto»⁶³, aunque su actuación es ahora resultado del acuerdo colectivo de voluntades (consenso social). Para garantizar el conocimiento de la ley, se prevé la publicación. Al principio se publican en los Edictos, luego —para garantizar el conocimiento y publicidad en todo el territorio— en la Gaceta oficial. La publicación es parte de la veracidad, la publicidad de la norma lleva consigo la veracidad; es la que garantiza la presunción de verdad de la ley estatal, que solo puede ser destruida a posteriori, en el momento de su ejecución (aquí sí que cabría el control por parte de los jueces), pero que, mientras tanto, debe ser tenida como veraz⁶⁴. Lo que se publica en la Gaceta oficial, a partir del momento en que es público, se hace veraz y auténtico, por lo que resulta de obligado cumplimiento.

62 Entre 1673 y 1715, el parlamento de París fue privado de facto de este derecho por Luis XIV, que imponía el registro de sus decretos antes de que pudieran plantearse objeciones.

63 GARCÍA, E., «Estudio de contextualización», en KANT, I. y CONSTANT, B., *¿Hay derecho a mentir? La polémica Immanuel Kant-Benjamin Constant sobre la existencia de un deber incondicionado de decir la verdad*, Tecnos, Madrid, 2021, p. CXXXII.

64 Así lo destaca García en el texto citado, remitiéndose a ZANOBINI, G., *La pubblicazione delle Leggi nel Diritto italiano*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), 1917.

El necesario registro de la ley durante la monarquía absoluta había dado lugar a una fragmentación del ordenamiento, debido a que había lugares en los que los parlamentos judiciales negaban el registro (como consecuencia de ese control a priori) y otros lo concedían. La publicación de la Ley en la Gaceta decretada tras la Revolución pretende eliminar este problema y garantizar la unidad del ordenamiento jurídico, la seguridad jurídica. No puedo evitar encontrar ciertas similitudes entre el problema de la fragmentación del ordenamiento jurídico durante esta época final del Antiguo Régimen (había una pluralidad de ordenamientos yuxtapuestos, no un único ordenamiento) y el que hemos tenido en España con la aplicación de las medidas de emergencia sanitaria. Las mismas medidas han tenido eficacia en unas Comunidades Autónomas sí y en otras no, como consecuencia de la autorización o ratificación de unos jueces sí y de otros no, basándose en diferentes interpretaciones de la ley, derivadas precisamente de la insuficiencia regulatoria. ¿Estamos volviendo al Antiguo Régimen, volvemos a los problemas del siglo XVIII? ¿O quizá, como se ha dicho, al Derecho constitucional decimonónico?⁶⁵ No estoy responsabilizando con esto al Poder Judicial, no reprocho a los tribunales su actuación, pues creo que están actuando con el máximo respeto institucional. Lo que se ha producido y se está produciendo es una dejación de funciones, un abandono de las responsabilidades por parte de los poderes ejecutivo y legislativo, que pretenden trasladarlas a los tribunales. Este proceso de irresponsabilidad política conduce a encomendar funciones a los jueces que no les corresponde asumir, y además el derecho deja de ser una norma general⁶⁶.

Por otro lado, puesto que las normas que contienen medidas restrictivas de derechos necesitan, para su entrada en vigor, la autorización o ratificación judicial, se produce otro problema derivado de un ejercicio por parte de los jueces de una función que no les corresponde: ¿Puede ser objeto de recurso la aplicación de una disposición administrativa que ha sido avalada previamente por el tribunal al que correspondería resolver ese recurso? Incluso el nuevo «recurso de casación» creado ante el Tribunal Supremo, para poder impugnar resoluciones del TSJ relativas a las solicitudes de autorización o ratificación, incurre en este problema, y además es

65 ÁLVAREZ GARCÍA, V., «La ratificación judicial de las medidas sanitarias de carácter general: su configuración jurisprudencial y sus problemas constitucionales», op. cit., p. 4. Después de insistir en que las reflexiones que hace el Tribunal Supremo en la STS 719/2021 llevan a pensar en que se está vulnerando el principio de separación de poderes, afirma: «Esta forma de proceder recuerda, si bien se piensa, a lo que sucedía en nuestro Derecho constitucional decimonónico, y que hoy todo el mundo repudiaría. Piénsese, en efecto, en que históricamente concurrían en el proceso normativo la suma de dos voluntades: por un lado, la voluntad general expresada por los representantes ciudadanos reunidos en la Asamblea Legislativa; y por otro lado, la voluntad del monarca manifestada a través de la sanción final de la norma. Sin la presencia de ambas voluntades no nacía la ley».

66 Conviene recordar aquí también el problema del desconocimiento del derecho que es aplicable por parte de los ciudadanos, que ya denunció Cesare Beccaria en su célebre obra *Tratado de los delitos y de las penas* (publicado por primera vez en 1764). En ella también recuerda cuál es la función de los jueces, en el apartado 4 (*Interpretación de las leyes*).

contradictorio con el actual recurso de casación, que tiene carácter excepcional. En este caso, el nuevo recurso se convierte en ordinario y no en excepcional.

Se produce así un subterfugio, una distorsión en el principio de división de poderes, pilar medular del modelo que se construyó en la Revolución Francesa, y del que deriva nuestro modelo constitucional y jurídico. Un problema urgente y grave como es el de una emergencia sanitaria debe afrontarse con consenso entre los responsables políticos, a quienes corresponde aprobar las leyes necesarias para afrontarlo. Aquí lo que se produce es un desplazamiento de esa responsabilidad hacia los jueces, ante la incompetencia del legislador, que no consigue aprobar la legislación necesaria.

Necesitamos recuperar las categorías dogmáticas del Derecho Constitucional; tener clara la definición de los órganos, para qué sirven dichos órganos (en este caso, los del Poder Judicial) y, en definitiva, entender qué son los jueces y cuál es su función.

La indefinición de la ley deja, además, la concreción de las medidas y el control sobre las mismas, al albur de la interpretación que hagan en cada momento la Administración y los propios jueces. Esa interpretación y el control sobre la adecuación de las medidas va a descansar, como hemos visto en las páginas anteriores, en la aplicación del principio de proporcionalidad. Pero aquí también hay un problema de concepto. El principio de proporcionalidad se ha construido y desarrollado por la jurisprudencia alemana en materia de derechos. Sin embargo, antes de llegar a ese punto hay que considerar que no estamos ante un posible conflicto entre iguales, sino que en uno de los platillos de la balanza está el Estado, y debemos partir de la presunción *iuris tantum* de la verdad de la norma estatal. Es necesario distinguir la norma general (norma del Estado) de su aplicación a las situaciones concretas. Cuando se atribuye a los jueces la posibilidad de controlar previamente la norma general, no solamente se les atribuye una función que no les corresponde, sino que, de alguna manera supone la negación de lo público, la negación del Estado. No podemos aplicar, sin más, categorías del Derecho privado en el ámbito del Derecho público. La norma general es una norma que se impone a los ciudadanos y a los jueces, y tiene una presunción *iuris tantum* de veracidad. En Derecho público hay una verdad que representa el Estado, que está por encima de los individuos⁶⁷. Se está olvidando una de las consecuencias de lo público: la verdad, porque representa a todos. La norma estatal es una norma general, válida mientras no se demuestre lo contrario. No podemos poner en plano de igualdad al Estado y a quienes tienen el deber de respetar y aplicar las normas estatales.

67 Como sostiene García, la publicidad estatal lleva incorporada la veracidad (garantía de autenticidad) de lo actuado o dicho por los oficiales o agentes públicos que son la expresión del Estado: «algo que implica fusionar *de facto* una con otras, publicidad con veracidad y veracidad con autenticidad o genuinidad». Cfr. GARCÍA, E., «Estudio de contextualización», op. cit., pp. CXXXI y CXXXII.

En consecuencia, el control jurisdiccional debe ser posterior a la entrada en vigor de la norma, en fase de ejecución, y debe ser reclamado por los individuos afectados por la ejecución administrativa de la misma. Hay que tener en cuenta, por supuesto, la naturaleza de la situación, que requiere actuar con urgencia, y de igual modo que estoy defendiendo que la norma que incluye las medidas sanitarias se aplique sin necesidad de control judicial previo, sostengo que la intervención del juez debe ser inmediata y urgente, suspendiendo, en su caso, la ejecución del acto administrativo impugnado, mediante la aplicación de medidas cautelares. Pero, si lo hacemos de este modo, estaremos respetando el principio de división de poderes, el papel y las funciones de los tres poderes; el legislativo, el ejecutivo y el judicial.

V. LA NECESIDAD DE ADAPTAR LA REGULACIÓN A LAS NUEVAS EXIGENCIAS QUE HA PUESTO DE RELIEVE LA PANDEMIA

Las críticas a la falta de concreción de la LOMESP no son nuevas, aunque con motivo de la pandemia hayan arreciado. Eran ya muy anteriores⁶⁸, si bien no fueron suficientes para alertar al legislador sobre la necesidad de regular de modo más garantista y completo las diferentes posibilidades que podía amparar dicha Ley Orgánica, especialmente las relativas a qué derechos fundamentales, con qué condiciones, por qué autoridad y a qué sujetos podrían ser limitados. Ni siquiera se ha emprendido esa modificación cuando se escriben estas líneas, a pesar de que la experiencia de la pandemia ha llevado a muchos autores a reivindicar la necesidad de una mejora normativa, así como a muchos tribunales e incluso al Consejo de Estado⁶⁹.

Lo cierto es que, por un lado, la indeterminación de la LOMESP genera mucha incertidumbre⁷⁰, y es poco garantista con relación a la posible afectación

68 Uno de los autores que más había analizado esta cuestión es Cierco Siera. Ya en 2005 lo reclamó (CIERCO SEIRA, C. *Administración pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Granada, Comares, 2005, pp.164-165, 202-203. En 2009 insistía en ello: CIERCO SEIRA, C., «La necesaria actualización de la legislación en materia de salud pública», *Derecho y Salud*, vol.17, 2009, pp. 23-45. Y lo ha vuelto a hacer recientemente en CIERCO SEIRA, C., «Derecho de la Salud Pública y Covid-19», en BLANQUER, D. (Coord.). *Covid-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 29 y siguientes, en las que habla de la necesaria actualización de la regulación frente a las pandemias, reprochando a la actual diversas carencias, en varios aspectos: deficiente técnica normativa, falta de vertebración, falta de desarrollo normativo y desconexión de los elementos manejados en la salud pública a nivel internacional. Vid. también, en sentido similar, SALAMERO TEIXIDÓ, L., «La salud pública como límite a los derechos y libertades individuales en situaciones de riesgo y emergencia», en BLANC ALTEMIR, A., CIERCO SEIRA, C. (Coord.), *El derecho ante la salud pública: dimensión interna, europea e internacional*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi-Thomson Reuters, 2018, pp. 148-149, 152-153.

69 Dictamen 213/2021 del Consejo de Estado, de 3 de marzo a propósito de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia.

70 Esta indeterminación, según Velasco, no implica que pueda hablarse de inconstitucionalidad, como sin embargo sí plantea Cotino. Cfr. VELASCO CABALLERO, F., «Libertades públicas durante el estado de

de derechos fundamentales. Esto contrasta con la situación en otros países, que rápidamente han modificado su legislación frente a las epidemias o se han dotado de ella, adaptándose a las nuevas circunstancias⁷¹.

Además, los jueces necesitan tener instrumentos adecuados para poder controlar la correcta aplicación de la ley y de la Constitución y, especialmente, para poder garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales. Y, actualmente, al aplicar el art. 3 LOMESP, cabe una variedad de interpretaciones tan amplia que, salvo que se trate de cuestiones ya resueltas por el Tribunal Supremo, derivarán en una diversidad de resoluciones judiciales sobre (quizá) medidas iguales o muy similares. Y, en todo caso, ese precepto debe aplicarse con prudencia, sin permitir que su habilitación se expanda más allá de lo conveniente. Incluso podría darse el caso de que, por la falta de concreción y taxatividad, un tribunal se plantease la posible inconstitucionalidad⁷², como ha esbozado algún autor.

Cierco sugiere varios elementos que deberían considerarse para esta regulación más detallada⁷³. Y voy a seguir el mismo esquema que él propone para articular algunas sugerencias:

- a) determinar un contenido institucional básico o de referencia (pone el ejemplo de conceptos asentados por la ciencia como «cuarentena» o «aislamiento»), que deberían recogerse en la ley;
- b) dar pautas para resolver el conflicto de las medidas de Salud Pública con los derechos fundamentales. En este sentido, la imprecisión actual genera una gran inseguridad jurídica, tanto a los ciudadanos, como a las administraciones que aplican la norma y a los jueces que supervisan su aplicación⁷⁴; además, la posible generalización de las medidas exige una regulación que prevea mecanismos de modulación intermedios entre medidas que afecten a toda la población y otras de menor extensión, antes de llegar a las individualizadas, que son las actualmente más claras en la

alarma por la COVID-19, en BLANQUER, D. (Coord.). *Covid-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 96-97; COTINO HUESO, L., «Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías, y especial atención a las restricciones de la excepcionalidad ordinaria», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 86-87, 2020, p. 97. En todo caso, Velasco, como casi toda la doctrina, hace especial hincapié en que las medidas deben respetar el principio de proporcionalidad, más relevante precisamente cuando las autorizaciones que la ley prevé en favor de las autoridades sanitarias son más generales.

71 DE LA SIERRA, S., «Lectura de urgencia de las reacciones frente al COVID-19 desde una óptica jurídica internacional y comparada», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 86-87, 2020, pp. 32-41.

72 Algo que parece haber sucedido en el caso del Auto 269/2021, de 14 de mayo, del TSJ de Andalucía (sede Granada), que ante la falta de taxatividad de la norma, optó por considerar que solo cabía aplicarla a las personas enfermas o a sus contactos.

73 CIERCO SEIRA, C., *op. cit.*, 2020, pp. 47-53.

74 Por ejemplo, habría que concretar mejor los presupuestos habilitantes para tomar determinadas medidas, caracterizar mejor la causa epidémica que puede llevar a tomarlas, determinar a partir de qué nivel de intensidad se pueden limitar derechos fundamentales y, en definitiva, establecer unos parámetros objetivos y un procedimiento claro.

normativa; debe tenerse en cuenta también que muchas de las medidas deben tomarse de modo anticipado, preventivo, ante meras sospechas, y deben preverse en la normativa mecanismos que permitan asegurar y controlar la proporcionalidad y la «adaptabilidad» de las medidas a las circunstancias cambiantes.

- c) puesto que pueden verse afectadas libertades individuales, han de concretarse los elementos circunstanciales que rodean las medidas: lugar, tiempo, modo, medio, finalidad, etc. Aquí deberían incluirse previsiones sobre la intensidad y extensión de las medidas, en función de diferentes niveles de afectación o de gravedad de la situación sanitaria. La experiencia de esta pandemia puede ayudar a establecer estos criterios, como por cierto se ha hecho ya en casi toda la normativa autonómica (a diferentes niveles de gravedad, corresponden medidas de diferente intensidad y extensión).
- d) por último, la normativa debería tener en cuenta aspectos éticos que pueden surgir (y han surgido) en situaciones de pandemia, por ejemplo, ante la insuficiencia de recursos humanos o materiales y la necesidad de priorizar unas acciones frente a otras. En este contexto, probablemente debería incluirse en la normativa estatal la obligatoriedad de las vacunas, en caso de que la situación supere determinados niveles de gravedad, que deberían también determinarse en la ley. El Comité de Bioética de España no ha rechazado esta posibilidad en sus informes, aunque ha recordado que debe tratarse, en todo caso, de una Ley orgánica, por la afectación relevante que supone a los derechos fundamentales⁷⁵.

Por otra parte, la ley debería prever también un régimen de infracciones y sanciones específico, más detallado del que actualmente tiene la Ley General de Salud Pública⁷⁶, tendría que incorporar la posibilidad de incluir recomendaciones en la normativa de desarrollo (como se ha hecho). Es un reto para el legislador, pero es imprescindible responder ante la «precariedad profunda» de la legislación vigente⁷⁷. Y no basta con modificar la normativa; también hay que reformar las estructuras de la Administración sanitaria, especialmente la central, pero también las de coordinación entre Comunidades Autónomas, que en diferentes momentos de la pandemia han mostrado incapacidad para actuar de modo coordinado.

No faltan autores que no ven necesaria esta reforma, puesto que las emergencias —dicen— se caracterizan por su imprevisibilidad, y son necesarias «cláusulas

75 Así, por ejemplo, en el Informe sobre «Cuestiones ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario», de 19 de enero de 2016, especialmente apartados 6 y 7.

76 Cierco califica de «plano» el régimen previsto en la LGSP. Cfr. CIERCO SEIRA, C., *op. cit.*, 2020, nota 37 en la p. 56.

77 CIERCO SEIRA, C., *Ibid.*, p. 71-72.

generales de actuación gubernativa, que permitan actuaciones muy diversas en función de cuál sea el riesgo o peligro emergente en cada caso concreto»⁷⁸. Por eso, para este sector doctrinal, lo más importante es el respeto al principio de proporcionalidad, que cobra especial protagonismo.

Sin embargo, para poder aplicar el principio de proporcionalidad debe partirse de unos criterios básicos fijados en la legislación, ya sea orgánica, ya ordinaria. Si no, entraríamos en el ámbito de la arbitrariedad. La legislación debe contener elementos suficientes para que tanto la administración, al ejecutarla, como los tribunales, al controlar su aplicación, tengan instrumentos para poder valorar la adecuación, necesidad y proporcionalidad de las medidas.

El último ejemplo que hemos constatado en las semanas en las que se escriben estas líneas es la posible exigencia del llamado «pasaporte COVID», certificado de vacunación, «Greenpass», etc. A nadie se le oculta que una medida así puede ser necesaria y conveniente, pero para aplicarla debería existir una previsión legal que estableciese en qué circunstancias, con qué criterios, bajo qué requisitos, para realizar qué tipo de actividades, podría exigirse una documentación así. Y garantizando, en todo caso, el respeto al derecho a la igualdad, el derecho a la intimidad personal y a la protección de datos personales, así como a otros derechos fundamentales que puedan verse afectados por una medida similar.

En ausencia de dicha normativa estatal, el Tribunal Supremo ha rectificado recientemente la decisión inicial del TSJ de Galicia, y ha avalado la exigencia del certificado en Galicia⁷⁹, al constatar que no se vulnera el derecho a la igualdad pues no se produce discriminación entre aquellos que están vacunados y los que no lo están, ni tampoco el derecho a la intimidad (que no puede prevalecer frente al derecho a la vida y a la protección de la salud pública), ni el de protección de datos personales, pues se trata de la mera exhibición de un documento. En definitiva, considera que concurre una justificación objetiva y razonable para exigir la presentación del certificado, pues se trata de proteger la salud y la vida de las personas, mediante una medida que evita o restringe la propagación de la pandemia. Concluye que la medida es necesaria, idónea y proporcionada. Unos días antes, sin embargo, había rechazado una medida similar en la Junta de Andalucía porque, al parecer, no había sido suficientemente justificada por el Gobierno autonómico.

Pues bien, lo deseable habría sido que la legislación sanitaria estatal hubiese recogido ya los criterios específicos que pudiesen habilitar a las autoridades sanitarias a tomar una medida como la de exigir el pasaporte o certificado COVID. Mientras no lo hagamos, los tribunales seguirán cumpliendo una función que no les corresponde. Y, por otro lado, seguiremos asistiendo a una diversidad de

78 VELASCO CABALLERO, F., «Libertades públicas durante el estado de alarma por la COVID-19», op. cit., pp. 95-96; y posteriormente, pp. 96 y ss. en las que se detiene en el análisis del principio de proporcionalidad.

79 STS 1112/2021, de 14 de septiembre.

eficacia normativa que recuerda a una cierta «fragmentación de nuestro ordenamiento jurídico», pues la efectividad y aplicación de las medidas va a depender de la interpretación que hagan los tribunales, que no solo estará en función de las medidas concretas que se planteen, sino de cómo se planteen por las autoridades sanitarias, cómo se justifiquen, con qué intensidad y extensión las prevean, etc.

TITLE: Legal tools for dealing with health emergencies: how far can rights be limited without resorting to constitutional exceptionality?

ABSTRACT: This article analyses some of the proposals made in relation to the regulation of health emergencies. Specifically, it looks at what kind of decisions could be taken under the so-called “law of normality”, i.e. in the absence of the declaration of one of the three states of exceptionality (“law of exception”). A brief review is made of the normative changes that have been applied, few at the state level, somewhat more extensive at the autonomous community level. The jurisprudence of the High Courts of Justice and the Supreme Court is critically reviewed. It also explains why the task of prior control entrusted to judges does not fit in with the principle of the separation of powers, and finally, it makes a group of proposals that should be incorporated into current legislation.

RESUMEN: En este artículo se analizan algunas de las propuestas formuladas con relación a la normativa aplicable a situaciones de emergencia sanitaria. Específicamente se estudia qué tipo de decisiones podrían tomarse con el llamado «derecho de la normalidad», es decir, en ausencia de la declaración de uno de los tres estados de excepcionalidad («derecho de excepción»). Se lleva a cabo un breve repaso de los cambios normativos que se han aplicado, escasos en el ámbito estatal, algo más amplios en el autonómico. Se revisa críticamente la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo. Asimismo, se explica por qué la labor de control previo encomendada a los jueces no tiene encaje dentro del principio de separación de poderes, y finalmente se realiza una serie de propuestas que deberían incorporarse a la normativa vigente.

KEY WORDS: Fundamental rights, restriction of rights, functions of the judiciary, health regulations.

PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales, limitación de derechos, funciones del Poder Judicial, normas sanitarias.

FECHA DE RECEPCIÓN: 20.09.2021

FECHA DE ACEPTACIÓN: 08.10.2021