Un nuevo capítulo en el desconcierto jurídico de la lucha contra la pandemia de Covid-19: ¿la rebelión de los jueces?

Publicado el 10 May, 2021

Vicente Álvarez García

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Extremadura

Para descargar este artículo en PDF, pincha aquí.

Resulta desconcertante desde un punto de vista estrictamente racional el devenir jurídico por el que ha discurrido la lucha contra la pandemia. Es cierto que, quizá, podría explicarse esta situación durante el mes de marzo de 2020, cuando comprobamos de primera mano la terrible realidad de que el coronavirus había aterrizado en nuestras vidas, pero parece que hoy es más difícil justificar el estado de la parte de nuestro ordenamiento jurídico dedicada a la batalla contra la crisis de salud pública que catorce meses después nos sigue azotando.

Durante todos estos meses tan sólo hemos ido parcheando malamente el camino, en lugar de haber ideado una respuesta ordenada para hacer frente a estas catástrofes sanitarias. No han faltado voces provenientes desde todos los ámbitos jurídicos que han reclamado la necesidad de aprobar una ley antipandemias que sirviese de paraguas jurídico para todas las duras medidas sanitarias que necesariamente hay que adoptar durante una crisis mundial de salud pública. No vale la pena recordar las opiniones de los profesores universitarios, de los órganos judiciales, del Consejo de Estado…

II

Han sido dos las vías jurídicas esenciales que se han utilizado para la lucha contra la pandemia en nuestro país durante estos meses, pero no han dejado ambas de estar exentas de serios cuestionamientos, que habría cuanto menos que haber analizado seriamente primero, y aclarado convenientemente después. Todo el mundo necesita seguridad para poder vivir razonablemente bien. Tambien seguridad jurídica. De lo contrario, estamos abocados a caer en el más absoluto desorden. Repasemos brevemente estos dos caminos defectuosos o, cuanto menos, parcialmente defectuosos:

A) La activación del Derecho constitucional de excepción.

Cuando escribo estas líneas el 6 de mayo de 2021 estamos todavía sumidos en un estado de alarma, que finalizará en las próximas horas. El tercero en estos catorce meses. Pero, aunque existen ahora las mismas dudas sobre su virtualidad jurídica que en marzo de 2020, nos hemos acostumbrado a vivir con él. Quizá por considerarlo como mal necesario.

Es cierto que en la fase más aérea de la crisis sanitaria pocos han puesto en duda la necesidad de los estrictos confinamientos domiciliarios de todo el país durante muchas semanas, los cierres perimetrales (de comunidades autónomas, de provincias, de municipios o de otras unidades territoriales), los toques de queda, el cierre o las limitaciones de aforo de lugares de culto, la prohibición de reuniones y de manifestaciones etc.

Se suele aceptar (aunque con voces radicalmente contrarias de lo más autorizado en el mundo jurídico) que el estado de alarma permite todas estas medidas, y que las mismas parece que son razonablemente necesarias para limitar la extensión de los contagios. Así lo hemos comprobado tanto en nuestro país como en todos los Estados de nuestro entorno. La lucha contra una epidemia se basa ahora, como ha ocurrido a lo largo de la historia de la humanidad, en la limitación del movimiento de las personas. El problema es que, aunque parezca sensatísimo, no parecen estar cubiertas estas medidas por la normativa reguladora del estado de alarma. Creo que vale la pena recordar en este momento lo que dice al respecto la Ley Orgánica reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio de 1981: "[…] el decreto de declaración del estado de alarma, o los sucesivos que durante su vigencia se dicten, podrán acordar las medidas siguientes: a) *Limitar* la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos" (art. 11 a). Hay que fortar mucho este precepto para obligar a las personas a no salir de sus casas durante meses, a no poder reunirse o manifestarse, o a no poder asistir a las Iglesias.

Está en manos del Tribunal Constitucional decidir si estas medidas son constitucionales o no. Aunque han pasado muchos meses desde que esperamos ansiosos su pronunciamiento, ¿no habría sido mejor reajustar durante el largo pasado año nuestro Derecho constitucional de excepción para evitar las dudas? Hay que recordar que, aunque lo llamemos "constitucional", su regulación sustantiva no está en la Constitución, sino en una Ley Orgánica, que no parece precisamente tan complicada de reformar.

Son bastantes más las dudas jurídicas que plantea la aplicación del estado de alarma en España, pero sólo quiero recordar otra, a base también de interrogantes: ¿cuántas denuncias por vulneración del estado de alarma se pusieron por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad de las distintas Administraciones Territoriales?, ¿cuántas se han tramitado hasta el final? Me temo que la respuesta a esta última cuestión provocaría rubor, y no sólo jurídico. Pero, además, las populismas que hayan llegado a imponerse de manera efectiva, lo habrán sido tras forzar de nuevo la regulación del estado de alarma. Y es que dice, literalmente, el art. 1.3 de su Ley Orgánica reguladora que, finalizada la vigencia de este estado constitucional de emergencia, "decaerán en su eficacia" las concretas medidas sancionatorias adoptadas durante la declaración, "salvo las que consistieren en sanciones firmes". Esta regulación resulta, ciertamente, incomprensible desde un punto de vista práctico, pero en la que confirman la Ley Orgánica y, muchos meses después, las Cortes Generales no la han reformado. Trascendiendo a esta constatación, parece fácilmente comprensible que era necesario haber establecido una regulación sancionatoria eficaz frente a las infracciones del estado de alarma y no se ha hecho absolutamente nada en ese sentido. La falta de un ordenamiento sancionador eficaz es, con toda seguridad, una de las causas que más ha contribuido a que los incumplimientos del estado de alarma se hayan contado por cientos de miles, con lo que eso significa para el descrédito del sistema y para, sobre todo, la lucha eficaz contra la pandemia.

B) El recurso al Derecho ordinario en materia de salud pública.

La segunda vía para hacer frente al coronavirus durante estos catorce meses ha sido el recurso al derecho ordinario regulador de la sanidad y, en particular, de la salud pública. La Ley General de Sanidad de 1986 y la Ley General de Salud Pública de 2011 (y, naturalmente, sus equivalentes autonómicas) contienen un listado de medidas para hacer frente a las crisis sanitarias. Aunque no han sido realmente estas normas, sin embargo, las que han servido para adoptar las medidas más drásticas para hacer frente a la pandemia de la COVID-19, sino que la norma capital ha sido, sin ningún género de dudas, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. Y todavía más en concreto la cláusula general contenida en su art. 3, que habilita a las autoridades sanitarias a la adopción de las medidas "que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible".

El recurso a este precepto es fácilmente rastreable como cobertura de las medidas autonómicas dirigidas al confinamiento de municipios antes de la declaración gubernamental del estado de alarma el día 14 de marzo de 2020, pero fue, sobre todo, tras su finalización en junio del pasado año cuando se utilizó de manera constante por las autoridades, porque no tenían otra base jurídica para adoptar medidas tan incisivas para los derechos de las personas como el cierre de poblaciones.

Esta norma legal podía haber sido un paraguas para este tipo de medidas sanitarias. Tenían, en efecto, su base jurídica en una Ley Orgánica (ten Ley Orgánica, por cierto, como la reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio) y su utilización estaba limitada en cada caso concreto por los principios mencionados en, porque efectivamente concurriese una situación de emergencia sanitaria que exigiese una medida restrictiva de derechos) y de proporcionalidad (esto es, que las medidas limitativas concretas de naturaleza sanitaria fuesen adecuadas, lo menos lesivas posible y cuyos efectos negativos para los derechos de las personas no estuviesen "manifiestamente" fuera de proporción con respecto a los beneficios provocados para la vida de las personas y para la salud del conjunto de la población). Recuérdese, como argumento favorable a esta tesis, que en 1986 se derogó de la Ley General de Sanidad una tan pequeña como crucial parte, que se aprobó como Ley Orgánica (la referida de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública), para que hubiese una cobertura legal suficiente en aras de que, en caso de enfermedades infecciosas, las autoridades sanitarias pudiesen adoptar medidas restrictivas de derechos fundamentales. La nueva legislación sanitaria, apartándose de lo que había sido nuestra tradición histórica, recogía en una única cláusula general todas las medidas sanitarias que de manera específica habían sido contempladas a lo largo del tiempo para hacer frente a las epidemias (el profesor Muñoz Machado ha efectuado un excelente repaso de esta legislación histórica en su reciente libro *El poder y la peste de 2020*, Iustel, 2021).

En todo caso, la doctrina jurídica actual más relevante se ha mostrado dividida acerca de la posibilidad de adoptar medidas tan drásticas como las que suponían una limitación a la circulación en art. 19 CE sobre la base de una simple cláusula general. Lo mismo ha sucedido con los órganos judiciales: los primeros meses, ante esta solución jurídica, pero ha habido algunos otros que no lo han hecho. En pleno mes de agosto fue célebre la decisión de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid de no ratificar las medidas sanitarias acordadas por las autoridades autonómicas de la región. Es cierto, no obstante, que esta situación, que casi una gran perplejidad social, fue solucionada pocos días después por el Tribunal Superior de Justicia madrileño.

La pregunta que empezó a suscitarse entonces era la relativa a cómo resultaba posible que un Juzgado pudiese paralizar una medida gubernamental regional de carácter general, que parecía tan importante y tan sensata para proteger la salud pública. La respuesta venía de que había un precepto en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, que prevéa que los Juzgados de este orden autorizasen (*ex ante*) o ratificasen (*ex post*) "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" (art. 8.6, en su versión vigente en julio y agosto). Sobre esta base, las autoridades sanitarias autonómicas solicitaban, y los juzgados contencioso-administrativos ratificaban- o no- , las medidas sanitarias. La interpretación que inicialmente se hizo del precepto señalado provocó que se dispararan todas las alarmas, porque la eficacia de las medidas quedaba en manos no ya gubernamentales, sino judiciales.

Rápidamente se identificó el problema: este precepto de la legislación procesal contenciosa no estaba pensado para las medidas de alcance general, sino para actos administrativos sanitarios que, concretamente, limitasen los derechos fundamentales de personas especificas. De lo contrario, se convertiría a los órganos judiciales en poderes colegisladores (conegiferantedores, más propiamente), vulnerando de manera evidente el principio de división de poderes (los jueces juzgan -controlan-, pero no legislan -aunque sea vetando una medida de carácter general-). Esta incorrecta interpretación judicial, que podía haberse corregido fácilmente, no sólo no se solventó, sino que se reforzó 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. A partir de su entrada en vigor, se atribuía la competencia para autorizar y ratificar las medidas sanitarias autonómicas restrictivas de derechos fundamentales a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia; y las estatales, a la homóloga Sala de la Audiencia Nacional. Como digo, lo que parecía una incorrecta interpretación de la legislación procesal, se convirtió en una clara disposición legal, que ya no dejaba ningún margen de duda.

Esta reforma legislativa no arregló los problemas de divergencias radicales entre las resoluciones judiciales de ratificación de las disposiciones sanitarias autonómicas: el Tribunal Superior de Justicia de Madrid denegó a comienzos de octubre la ratificación de las medidas sanitarias acordadas por la Comunidad de Madrid, tras ser obligada esta Administración Territorial a su adopción por una orden dictada por el Ministerio de Sanidad en la que se recogían las medidas previamente acordadas por la Administración Madrileña y por las Comunidades Autónomas en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Este órgano judicial no ahorró reproches a lo que consideraba larga inactividad estatal para aprobar una base jurídica suficiente que sirviese a las Comunidades Autónomas para acordar las medidas sanitarias necesarias para batallar contra la pandemia. En todo caso, lo importante es que se volvía a evidenciar la diferencia de criterio de los órganos judiciales contencioso-administrativos a la hora de ratificar (o no) las medidas sanitarias, que, aunque acordadas formalmente por las Comunidades Autónomas, provenían de una Orden estatal consensuada entre las diversas Administraciones. La solución buscada por el Gobierno de la Nación a esta situación de vacío normativo provocada por la Justicia en Madrid no se hizo esperar, y no fue otra que la declaración gubernamental del estado de alarma, que esta vez no fue general para todo el territorio, sino que quedó estrictamente circunscrito a diversos municipios de la región madrileña (incluyendo, entre ellos, la capital).

A la disparidad en el criterio de las diferentes Salas de lo Contencioso-Administrativo del país, se añadió otro problema jurídico: se elevó cuestión de inconstitucionalidad contra la regulación legal que obliga a los órganos judiciales contencioso-administrativos a ratificar las medidas sanitarias autonómicas de carácter general que afecten a los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado todavía.

En este contexto de incertidumbre jurídica, el día 9 de mayo de 2021 finalizará la prórroga de seis meses del estado constitucional decretado el 25 de octubre del pasado año. Ante esta situación son muchísimas las autoridades sanitarias autonómicas que han clamado por la existencia de un paraguas jurídico que sirva de cobertura para la adopción de medidas sanitarias regionales que pudiesen limitar derechos fundamentales (en particular, la libertad de circulación). Obviamente este paraguas no podía ser la adopción de una ley general antipandemias, sino que, dada la premura de tiempo, se pedía la prórroga del estado de alarma hasta por algunas de las Comunidades Autónomas tradicionalmente más recelosas a acatar la autoridad del Estado (piénsese en la Comunidad Autónoma del País Vasco).

El Gobierno de la Nación no ha decretado el estado de alarma, pero sí que ha aprobado, no obstante, una norma de gran significación: un Real Decreto-Ley (el 8/2021) por el que se modifica la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, introduciendo un "nuevo" recurso de casación ante el Tribunal Supremo frente a los autos dictados en materia de autorización o de ratificación de medidas sanitarias por las Salas de lo Contencioso de los Tribunales Superiores de Justicia o la de la Audiencia Nacional. Según la exposición de motivos de esta norma legal de urgencia, esta nueva regulación debe servir para "fijar doctrina legal (…) sobre el alcance de la legislación sanitaria en relación con las limitaciones o restricciones de derechos fundamentales de los ciudadanos impuestas por las autoridades sanitarias". Como buen Real Decreto-Ley que es el ahora reseñado, justifica su exposición de motivos la urgencia de su adopción indicando que "la modificación del recurso de casación prevista en este Real Decreto-Ley no puede ser aprobada mediante el procedimiento ordinario de tramitación parlamentaria…". Esta declaración (que es, por lo demás, la justificación necesaria para cualquier norma legal de esta naturaleza) contrasta con el hecho de que llevamos catorce meses de pandemia, y no pocos también desde que se producen resoluciones discrepantes de los órganos judiciales competentes para autorizar o ratificar las medidas sanitarias autonómicas. Quizá, si el Legislador (a instancia o no del Gobierno de la Nación) hubiese actuado durante este tiempo, no hubiese sido necesario acudir a un Real Decreto-Ley, que desgraciadamente es una norma legal extraordinaria convertida en la más ordinaria del catálogo de normas con rango de ley que existen en nuestro Derecho. A veces con sentido, pero otras veces con más que notable abuso, que normalmente es santificado, eso sí, por el Tribunal Constitucional.

En todo caso, las cuestiones principales no creo que pasen, ni siquiera, por ahí. Quiero subrayar ahora, en efecto, otras dos que todavía me parecen más importantes: 1) En primer término, la exposición de motivos comentada considera que el "nuevo" recurso de casación contiene "un mecanismo idóneo que permita a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo resolver las dudas y divergencias que, sobre la interpretación y aplicación del marco normativo estatal, se puedan generar en los procedimientos de autorización y ratificación judicial de las medidas sanitarias". Pero, aunque este argumento pudiese ser aceptable, ¿no generará una mayor seguridad jurídica, y no sería, por tanto, considerablemente mejor, que estas dudas fuesen resueltas *ex ante* por el Legislador mediante una Ley Orgánica reguladora de las epidemias o de las enfermedades infecciosas? En el Derecho comparado tenemos algunos ejemplos de este tipo de normas que hasta nos podrían servir de guía para su elaboración, además, naturalmente, de lo que hemos aprendido a lo largo de la historia jurídica de la lucha contra las epidemias en nuestro país (incluyendo los últimos catorce meses).

Y, en mi opinión, la cuestión clave: el Poder Ejecutivo se ratifica, con la introducción del "nuevo" recurso de casación, en la idea de que los órganos judiciales del orden contencioso autoricen o ratifiquen las medidas sanitarias de alcance general. La doctrina académica considera que la atribución de esta tarea de conormación a los jueces es inconstitucional por vulnerar, al menos, el principio constitucional de separación de poderes, los órganos judiciales han cuestionado ante el Tribunal Constitucional esta atribución y, desde que se ha aprobado el Real Decreto-Ley con el "nuevo" recurso, las voces de los jueces (a través de alguna de sus asociaciones) se han alzado criticando jurídicamente esta medida. No ha sido ajeno a esta posición el propio Tribunal Supremo, que parece cuestionar seriamente, también, esta medida. De no haber ningún otro cambio normativo, llegará posiblemente algún recurso de casación contra un acto de denegación de medidas generales sanitarias de origen autonómico que afecten a derechos fundamentales. Si esto sucede, ¿resolverá el recurso la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo fijando doctrina -como propugna el Gobierno en su Real Decreto-Ley?, ¿o para resolver las dudas jurídicas suscitadas desde la doctrina y desde la propia judicatura elevarán la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional paralizando la resolución del correspondiente recurso de casación?

No se puede conocer a ciencia cierta la respuesta, pero lo que sí que podemos saber a día de hoy es que lejos de aportar seguridad jurídica, la aplicación del derecho sanitario ordinario para luchar contra la epidemia plantea cuanto menos las mismas dudas jurídicas (y de eficacia) que antes de la declaración del último estado de alarma en octubre de 2020, que no sólo no se han resuelto con la última norma gubernamental de urgencia, sino que los propios jueces dudan de su constitucionalidad.

III

En fin, a pesar de que tenemos todos una gran esperanza en la vacunación, la pandemia sigue siendo una realidad terrible y cruel.

Han pasado catorce meses desde que se inició la lucha jurídica contra el COVID-19. Hemos ensayado dos vías jurídicas a tal fin, y las dos han dejado bastante que desear. Las dos plantean serios problemas jurídicos, pero lo peor es que no hemos mejorado en nada nuestro marco normativo durante este tiempo, sino, quizá, todo lo contrario. Y es que, por un lado, la regulación del estado constitucional de alarma presenta las mismas

Reblogear Suscribirse

deficiencias que tenía el día 14 de marzo de 2020 (y ahora somos bien conscientes de ellas); y, por otro, la aplicación del derecho sanitario ordinario se ha visto notablemente perturbada durante la duración de la pandemia mediante la atribución de unos poderes de autorización o de ratificación a los jueces, que no sólo no han traído una mayor seguridad jurídica, sino que los propios jueces ponen en duda su viabilidad constitucional. Es cierto que los jueces deben controlar las medidas sanitarias (como cualquier otra medida), sobre todo si afectan a derechos fundamentales. Faltaría más. Pero una cosa es controlar *a posteriori*, y otra cosa es codecidir (conormar) con las autoridades sanitarias, que es lo que suponen las técnicas de la autorización y de la ratificación.

Creo que dados los serios problemas que plantean las dos vías jurídicas utilizadas para la lucha contra la pandemia, ya va siendo hora de que, con catorce meses al menos de retraso, y de una vez por todas, el Legislador se disponga a estudiar y a aprobar una legislación meditada y moderna para hacer frente a unas situaciones de emergencia, tan duras y tan particulares, como son las epidemias. ¿Qué problema hay para ello?

En Cáceres, a 6 de mayo de 2021.

Compártelo:

Twitter Facebook

Rebloguear Me gusta Sé el primero en decir que te gusta.

Relacionado

Coronavirus y Derecho (I): una introducción al Derecho de necesidad
19 marzo, 2020
En «Coronavirus (COVID19) y Derecho»

Coronavirus y Derecho (XXV): el factor jurídico («potestas») y el factor humano («auctoritas») en la lucha frente a las crisis
3 May, 2020
En «Coronavirus (COVID19) y Derecho»

Coronavirus y Derecho (II):los elementos esenciales del Derecho de necesidad
21 marzo, 2020
En «Coronavirus (COVID19) y Derecho»

Publicado en Coronavirus (COVID19) y Derecho
Etiquetado coronavirus, covid19, derecho, Derecho de Excepción, derecho de necesidad

Sobre el Autor
derechoadministrativouex
Lee todas las entradas de derechoadministrativouex →

← Entrada anterior
Coronavirus y Derecho (XLII): las respuestas jurídicas iniciales de la Unión Europea frente a la epidemia de coronavirus (COVID-19)

Siguiente entrada →
La ratificación judicial de las medidas sanitarias de carácter general: su configuración jurisprudencial y sus problemas constitucionales

Privacidad y cookies: este sitio utiliza cookies. Al continuar utilizando esta web, aceptas su uso.
Para obtener más información, incluido cómo controlar las cookies, consulta aquí: Nuestra política de cookies

Cerrar y aceptar