

LAS MEDIDAS ADOPTADAS EN SITUACIONES DE EMERGENCIA SANITARIA: UN ANÁLISIS SOBRE LA AFECTACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA FUNCIONALIDAD DE LOS CRITERIOS PONDERATIVOS DE SU PROPORCIONALIDAD*

**Gemma
Vendrell Puig**

*Grado en Derecho (UdL)
Máster en Estudios Jurídicos Avanzados (UB)*

SUMARIO

Introducción. Justificación de la investigación. Hipótesis. Objetivos. Metodología. **1. El marco jurídico de las emergencias sanitarias: características y problemática.** 1.1. Las características generales del marco normativo: excepcionalidad, temporalidad y restricciones de derechos y libertades. 1.2. El supuesto excepcional en caso de pandemia declarada. 1.3. La problemática de las habilitaciones normativas para la adopción de medidas tomadas en emergencias sanitarias: la parquedad de la legislación, los reglamentos de necesidad y la función jurisdiccional. **2. La relevancia de los elementos técnicos y los principios de proporcionalidad y precaución en la adopción de medidas limitativas de derechos.** 2.1. El papel de las técnicas ablatorias dentro del marco de una situación excepcional de emergencia sanitaria. Consideraciones generales. 2.2. La complejidad en la adopción de medidas limitativas. 2.3. Los principios que repercuten en la adopción de medidas de restricción de derechos y libertades: en especial, el principio de proporcionalidad. 2.4. La influencia del principio de precaución en relación a las medidas limitativas de derechos y su conexión con el principio de proporcionalidad. **3. Las medidas sanitarias restrictivas de derechos.** 3.1. La medida del confinamiento domiciliario y su incidencia en el derecho a la libertad de circulación. 3.2. La libertad personal frente a las medidas de internamiento en centros hospitalario. 3.3. El derecho a la intimidad y los tratamientos médicos. **4. El control judicial de las medidas. La autorización y ratificación de las medidas limitativas de derechos en situaciones de salud pública.** 4.1. El marco normativo: el artículo 8.6 de la LJCA y las carencias del procedimiento. 4.2. El papel interventor del juez. 4.3. Las medidas ratificadas o autorizadas. Características. **5. Bibliografía. 6. Legislación. 7. Jurisprudencia.**

RESUMEN

El objetivo consiste en examinar las diferentes técnicas que pueden utilizarse para evaluar la proporcionalidad de las medidas impuestas ante emergencias sanitarias puesto que influyen en los derechos y en la argumentación judicial.

PALABRAS CLAVE

Emergencia sanitaria, salud pública, técnicas, medidas, derechos fundamentales.

ABSTRACT

The objective is to examine the different techniques that can be used to assess the proportionality of measures imposed in health emergencies as they influence rights and judicial argumentation.

KEYWORDS

Health emergency, public health, techniques, measures, fundamental rights.

* Trabajo ganador del Premio Derecho y Salud 2021. El Jurado que concedió este galardón estuvo presidido por Javier Sánchez Caro e integrado por David Larios Risco, Juan Luis Beltrán Aguirre, Yolanda Gómez Sánchez, Rafel Millán Calenti y Francisco Miguel Bombillar Sáenz, este último en calidad de Secretario. El fallo del jurado se hizo público el 15 de septiembre de 2021.

INTRODUCCIÓN

Justificación de la investigación

La aparición del Coronavirus ha sido, sin duda, uno de los eventos más impactantes del año 2020 y, en general, de los últimos tiempos, puesto que ha generado una situación de crisis y de emergencia sanitaria. Esta situación obliga a los Estados a plantear soluciones rápidas, no sólo en el ámbito científico sino también en el social, político y jurídico.

En el ámbito jurídico, una de estas soluciones es el establecimiento de medidas en un contexto excepcional que puede provocar la limitación de derechos, sean o no fundamentales, para proteger la salud pública.

A raíz de esta situación excepcional han surgido una serie de cuestiones relativas al marco jurídico de las emergencias sanitarias. En el Derecho español encontramos que la normativa destinada a la protección de la salud pública se divide en dos bloques: el marco normativo de excepción y la normativa de salud pública. En la Comunidad Autónoma de Cataluña se sigue el mismo modelo junto con su respectiva normativa autonómica de salud pública.

De aquí surgen dos problemas: el primero es en relación con el bloque normativo de la salud pública a escala nacional, el cual presenta múltiples carencias y un gran número de medidas con carácter abierto. Y el segundo es respecto a las medidas previstas en la normativa: estas se adoptan en el marco de una situación excepcional, pero a consecuencia de la interpretación que se puede hacer de ellas -cuestión que emana principalmente de la normativa donde están previstas - dificulta su ejecución por parte de los jueces.

En definitiva, la elección del tema obedece a dos razones principales: la primera razón es que trata de un problema jurídico de actualidad y relevancia para la incidencia en los derechos y libertades de la ciudadanía. La segunda razón es que es interesante trasladar la situación en un contexto general de emergencia sanitaria para observar cuáles son los vacíos legales que existen en la normativa y cuál es la problemática cuando se traspaesa el examen de una medida a la práctica.

El presente trabajo tiene dos objetivos formales: en primer lugar, examinar las medidas limitativas de derechos en el contexto de una emergencia sanitaria con carácter general – aunque, para resolver algunas cuestiones que pueden no presentar una respuesta clara o eficiente, lo plantearemos desde el supuesto concreto y excepcional de pandemia –. El motivo de

este primer objetivo es que, teniendo en cuenta que estas medidas se adoptan de acuerdo con el interés general de protección de la salud pública, es necesario evaluar su proporcionalidad en relación con los derechos que resultan restringidos.

Las medidas limitativas de derechos, por su carácter especial, sólo se pueden adoptar en un contexto extraordinario: a través de la declaración de un estado de alarma, excepción o sitio. Las medidas sólo pueden conllevar la suspensión del derecho con la cobertura de un Estado de excepción y sitio. Adicionalmente, estas medidas se deben evaluar de acuerdo con el juicio de proporcionalidad, de modo que resulten idóneas, necesarias, proporcionales y no superen el límite de la dignidad humana establecido en el artículo 10 de la «Constitución Española» (en adelante CE).

El segundo objetivo es examinar cómo actúan las diferentes técnicas que pueden aparecer en el momento de examinar la proporcionalidad de una medida. Un examen ideal no debería quedar en una mera observación en sentido estricto, sino que también debería tener presentes otros elementos como es el estado de la ciencia, los informes epidemiológicos, las particularidades de cada derecho afectado, entre otros.

Algunas medidas adoptadas durante la pandemia del Covid-19, han planteado diversas cuestiones referidas a su efectividad, a su motivación y también sobre cómo éstas pueden afectar a los derechos perjudicados. Si bien es cierto que la adopción de medidas en carácter de emergencia sanitaria se hace precisamente para frenar esta emergencia, tampoco podemos obviar que adoptarlas debe derivar de un exhaustivo juicio de proporcionalidad y una correcta argumentación por parte de los jueces.

En suma, parece prioritario dar una adecuada respuesta a los conflictos que puedan originarse por una emergencia sanitaria, atendiendo no sólo a la perspectiva jurídica, sino también teniendo en cuenta los problemas que puede plantear la medicina.

Hipótesis

Por todo lo expuesto, el trabajo contendrá los siguientes puntos esenciales:

Una primera parte, referente al marco jurídico de las emergencias sanitarias, donde examinaremos la normativa estatal y autonómica - la catalana concretamente - relativa a la salud pública y a la excepción. Explicaremos cuáles son las medidas previstas en ellas y cuáles son los problemas persistentes con carácter general.

En la segunda parte, hablaremos de los principios y tipos de técnicas que pueden influir en la adopción de medidas y que puede utilizar la Administración para hacer frente a una emergencia sanitaria. Sin embargo, nosotros únicamente indagaremos en las medidas de tipo ablatorias. Al igual que en el punto anterior, expondremos cuáles son las particularidades de este tipo de medidas y añadiremos cuáles son los elementos que deben tenerse en cuenta para examinar cuando una medida es idónea, necesaria y proporcional.

La tercera parte se centra en las medidas limitativas de derechos; concretamente incidiremos en las siguientes: las medidas de confinamiento domiciliario, las de internamientos hospitalarios forzosos y los tratamientos médicos, y explicaremos sus características, ya situadas en el marco normativo de una emergencia sanitaria.

Asimismo, examinaremos los principales derechos afectados por estas medidas, que son la libertad de circulación, la libertad personal y el derecho a la intimidad. Es importante comentar que los derechos que quedan afectados por una medida excepcional pueden perjudicar otros derechos. Es habitual que, si un derecho queda perjudicado, pueda quedar afectado otro, porque están conectados entre ellos. Por ejemplo, la libertad de circulación prevista en el artículo 19 de la CE puede quedar afectada junto con la libertad personal del artículo 17 de la CE.

También mencionaremos cuáles son las particularidades de cada derecho que analizaremos. Por tanto, no sólo tendremos en cuenta los requisitos generales para evaluar una medida limitativa frente a un derecho, sino también el contenido esencial de este, sus límites, el procedimiento a seguir y algunos supuestos prácticos.

El trabajo finaliza con un cuarto punto: la autorización y ratificación de las medidas limitativas de derechos en situaciones de emergencia sanitaria. Aquí partiremos del artículo 8.6 de la «Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa» (LJCA en adelante) y enumeraremos cuáles son los problemas que pueden ocurrir en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se lleva a cabo el examen de una medida por parte de los tribunales para ser ratificada o autorizada.

Objetivos

El objetivo del trabajo se delimita en los siguientes términos: concluir con una reflexión crítica sobre las diferentes técnicas que pueden ejecutarse para examinar una medida limitativa de derechos

y que algunas veces, no se utiliza como es debido. Debemos tener en cuenta que, ante una situación de emergencia sanitaria no podemos remitirnos a criterios reglados, sino que es imprescindible considerar otros factores que pueden hacer a una medida más justa y efectiva. El exceso de tecnicidad y la ambigüedad en la argumentación de los jueces hace dudar respecto a su discrecionalidad técnica porque una argumentación desacertada o incorrecta, puede llevar a reflexionar sobre si el mismo juez tutela derechos o, por el contrario, los limita.

Este no es el único problema que surge. La normativa de excepción, así como la normativa de salud pública española, resultan ser problemáticas: son breves y extremadamente abiertas, lo que genera múltiples interpretaciones y, como consecuencia, inseguridad jurídica.

Ante la ineficiencia y simplicidad de estos dos elementos, se propone una reconsideración de la discrecionalidad técnica de los jueces puesto que, a pesar de los numerosos elementos de los que disponen para examinar correctamente una medida, algunas veces no los utilizan correctamente o lo hacen de forma parcial, o se remiten a la normativa. Este hecho deriva en una argumentación insuficiente al examinar las medidas de forma estricta. También se plantea una reforma de la normativa sanitaria actual, la cual, tal y como está planteada actualmente, no está preparada para afrontar una situación de emergencia sanitaria.

Metodología

La metodología utilizada es de carácter jurídico. En primer lugar, las fuentes jurídicas que se han utilizado son la normativa estatal de carácter excepcional y la normativa sanitaria de salud pública, esta última dividida en tres leyes. Asimismo, se han examinado los dos Reales Decretos que declaran el estado de alarma, establecidos durante la situación excepcional del Coronavirus. La normativa autonómica también se ha utilizado, pero sólo se hará referencia a la normativa catalana sobre salud pública.

En segundo lugar, las fuentes jurisprudenciales son una serie de autos relativos a la adopción de medidas limitativas de derechos, las que incorporan varios criterios: algunas de los autos han sido escogidas para el examen que se ha hecho sobre el establecimiento de una medida y la afectación a un derecho concreto -concretamente el Auto de Asturias. Los demás autos tienen otra finalidad: el que se observa, por un lado, es como ha sido la argumentación hecha por los jueces y, por otro lado, se analiza si finalmente la medida se autoriza -o se ratificación

de forma total, parcial o no se aprueba. Estas últimas, que son los Autos de las Comunidades Autónomas de Madrid y Cataluña, están incorporadas a pie de página para reforzar el apartado de conclusiones.

Las aportaciones de los autos tienen el propósito de determinar que los criterios estrictos no son suficientes y que, por esta razón, se observan algunas carencias en la argumentación judicial. Como consecuencia se puede tantear la posibilidad de tomar en consideración muchos más criterios para beneficiar así la necesidad, idoneidad y proporcionalidad de una medida.

Finalmente, se relacionará la aplicación de estas técnicas, principios y particularidades de algunos de los derechos examinados, con las fuentes jurídicas comentadas. El estudio de las medidas limitativas de derechos por parte de los jueces no sólo deriva de la misma argumentación y otras particularidades que puedan surgir, sino también del examen de la normativa de salud pública y de excepción. La carencia de estas normativas también hace que las medidas no puedan examinarse adecuadamente. Así pues, el otro objetivo es proponer una reforma de la normativa relativa a las emergencias sanitarias -que, como ya se ha dicho, comprende la normativa de excepción y la de salud pública-.

1. EL MARCO JURÍDICO DE LAS EMERGENCIAS SANITARIAS: CARACTERÍSTICAS Y PROBLEMÁTICA

1.1 Las características generales del marco normativo: excepcionalidad, temporalidad y restricciones de derechos y libertades

Antes de examinar cuál es el marco normativo que corrobora las emergencias sanitarias, es necesario hacer una breve aproximación al bien jurídico que se quiere proteger, que no es otro que la salud pública. En España, el derecho a la salud está regulado en el artículo 43 de la CE -el cual forma parte de los «Principios rectores de la política social y económica» - y no goza de la protección que el artículo 53 de la CE dispensa a los otros derechos.¹ Está

1 En España el derecho a la salud según la Constitución es considerado un derecho social y no fundamental, por lo tanto, no goza de la protección que esta ofrece para los derechos fundamentales. Ahora bien, algunos autores no comparten esta idea y consideran que el derecho a la salud, como la mayoría de derechos sociales, debería ser considerado un derecho fundamental. Juli Ponce expone que no se consideran derechos subjetivos y el hecho de que no se puedan alegar directamente y también el gasto público que generan, genera que sea realmente difícil protegerlos. (Véase PONCE SOLÉ, Juli: "Reforma constitucional y derechos sociales: la necesidad de un nuevo paradigma

protegido por el derecho europeo e internacional.² Por lo tanto, estaríamos ante un marco jurídico que contiene dos vertientes: una vertiente interna, que sería este marco nacional, en el que nos centraremos, y una vertiente externa, que engloba el marco europeo e internacional.

Una vez introducida esta breve exposición sobre cuál es la posición del derecho a la salud, determinaremos cuál es el marco normativo que justifica la adopción de las medidas limitativas de derechos.

Las medidas limitativas de derechos se pueden distinguir en dos marcos diferenciados. Por un lado, la normativa relativa a los estados excepcionales, dentro de ellos, el estado de alarma, que se puede declarar ante una situación producida por una emergencia sanitaria; y de otra, la regulación específica de las crisis sanitarias a través de la normativa de salud pública.³

Al margen de los estados excepcionales, la legislación vigente habilita la adopción de medidas sanitarias o de protección de la salud pública. Tal y como se ha mencionado, el artículo 43.1 de la CE, «reconoce el derecho a la protección de la salud entre los "Principios rectores de la política social y económica", que se contiene hoy en tres textos: Los artículos 1 a 3 de la «Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, sobre Medidas Especiales de Salud Pública», los artículos 26 a 28 de la «Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad», y los artículos 27.2 y 54 de la «Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública»».⁴

Dentro del marco normativo de salud pública estatal destacamos, en primer lugar, la ley de cabecera sanitaria, que es la «Ley 14/1986, General de Sanidad» (LGS en adelante). En su artículo 26, prevé que las autoridades sanitarias puedan adoptar las medidas preventivas pertinentes cuando haya o se sospeche de la existencia de un riesgo inminente y extraordinario de la salud. Y en su capítulo V, establece cuáles son las técnicas y mecanismos que puede utilizar la Administración para la protección

en el derecho público español", Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 111, 2017, pp. 67-98).

2 El derecho a la salud está reconocido en el artículo 12 del «Pacto Internacional de Derechos Económicos». El artículo 8 del «Convenio Europeo de Derechos Humanos» hace una mención a la protección de la salud y también la propia OMS, como institución más importante en materia de salud, la reconoce como un derecho esencial.

3 Así también lo recoge el «Dictamen 214/2020, de 17 de septiembre, de la Comisión Jurídica Asesora».

4 Los dos fragmentos están extraídos del «Dictamen 214/2020, de 17 de septiembre», de la Comisión Jurídica Asesora, relativo a una consulta sobre el derecho de voto de los catalanes en situación de pandemia.

de la salud colectiva. Algunas de estas técnicas de intervención pueden ser la creación de registros, el establecimiento de autorizaciones previas y la fijación de prohibiciones, entre otros. Estas medidas son de tipo ordinario.

Las medidas de carácter extraordinario están reguladas en la «Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública» (LOMESP en adelante), más concretamente en el artículo 1, que establece como objetivo la protección de la salud pública. Así pues, en casos de urgencia o necesidad, la Administración podrá adoptar este tipo de medidas para proteger la salud colectiva.

En la misma Ley, el artículo 3 añade que se pueden llevar a cabo medidas especiales con el fin de controlar enfermedades transmisibles. Pero, además, se pueden adoptar con carácter previo acciones preventivas generales para hacer efectivo este control, así como otras acciones que puedan considerarse necesarias. Estas medidas son especiales y propias, precisamente por su gravedad; por este motivo, están reguladas en una ley orgánica, ya que inciden de forma directa en los derechos fundamentales.

Para concluir con la normativa estatal, disponemos de la «Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública» (LGSP a partir de ahora) donde, en el artículo 54, también se prevén medidas que pueden interponer las autoridades sanitarias en situaciones de peligro de la salud de las personas.

En materia autonómica es interesante mencionar la normativa catalana de salud pública. Las medidas limitativas de derechos están previstas en el artículo 55 de la «Ley 18/2009, de 22 de octubre, de Salud Pública». Actualmente esta ley se ha modificado a través del «Decreto Ley 27/2020, de 13 de julio», que contempla el supuesto excepcional de pandemia.

Este determina que, en caso de pandemia o epidemia declaradas, las autoridades sanitarias «podrán adoptar medidas de limitación a la actividad, el desplazamiento de las personas y la prestación de servicios en determinados ámbitos territoriales previstas en el anexo 3, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 bis». ⁵ Estas medidas se adoptarán teniendo en cuenta el respeto por los derechos constitucionales reconocidos. El mismo artículo 55 bis «regula el procedimiento para la adopción de medidas en situación de pandemia declarada». ⁶

⁵ Artículo 55, apartado primero, letra K de la «Ley 18/2009, de 22 de octubre, de Salud Pública».

⁶ Fragmento extraído del «Dictamen 214/2020, de 17 de septiembre», de la Comisión Jurídica Asesora.

En suma, la normativa sanitaria de salud pública contiene, por una parte, la LGS, que es la normativa con carácter general, donde se establecen las medidas ordinarias de intervención en situaciones normales, y, de otra, la LOMESP, donde figuran las medidas extraordinarias previstas para situaciones excepcionales. También están las que contienen la LGSP y la normativa autonómica catalana.

Este conjunto de normas no son las únicas que constituyen el bloque del “Derecho de la Salud Pública”. También existe la categoría de excepción que regula la «Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio» (LOAES en adelante). Esta Ley Orgánica se ha creado con la intención de solucionar situaciones de tipo extraordinario que puedan alterar el orden normal de la sociedad.

Las características generales del marco normativo excepcional son las siguientes:

La primera característica es la misma excepcionalidad; solamente será posible adoptar una medida limitativa de derechos cuando se dé una situación excepcional. Esta situación insólita requiere que se haya declarado previamente un estado de alarma, excepción o sitio, previstos en la LOAES. En un estado de alarma los derechos pueden verse limitados o restringidos, pero en un estado de sitio o excepción, además de esa limitación, también pueden verse suspendidos.

El estado de alarma es el estado menos restrictivo de los tres estados excepcionales que existen, y «está previsto para grandes catástrofes, crisis sanitarias o paralizaciones graves de los servicios públicos a consecuencia de huelgas o conflictos laborales» (Rico, 2020). El concepto “emergencia sanitaria” es indeterminado y podría abarcar varios supuestos. Sin embargo, puede encajar perfectamente dentro de los ejemplos que se prevén para declarar el estado de alarma.

La segunda característica es que son medidas que se adoptan ante una situación de urgencia y necesidad, con el objetivo de proteger la salud pública. Además, son medidas que deben ser temporales, porque su finalidad, además de la salvaguarda de la salud pública, es volver a la normalidad lo antes posible.

El estado de alarma no puede ser para siempre, sino que debe estar sujeto a un límite temporal, fruto de esta situación excepcional o anormal. Por este motivo también se pueden adoptar medidas que restrinjan derechos, porque sólo los limitarán durante un tiempo determinado.

Ahora bien, la normativa del estado de alarma prevé que tenga una duración de 15 días. «Cualquier prórroga deberá adoptarse por la Cámara Baja, que en este caso, podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga» (Rico, 2020).

La tercera y última característica es la territorialidad. Una vez adoptado el estado de alarma, este afectará a todo el país o sólo a una parte de él. Debe ser declarado por el gobierno de acuerdo con el Consejo de ministros.

1.2 El supuesto excepcional en caso de pandemia declarada

Durante el año 2020, se produjo una pandemia -el Coronavirus- que afectó en todas las dimensiones posibles. Actualmente, la idea de “pandemia” encaja en el concepto de emergencia sanitaria, pues resulta ser una situación excepcional. En España el estado de alarma se adoptó a través del «Real Decreto 463/2020⁷, De 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por Covid-19» (RD 463/2020 a partir de ahora). Dos ideas principales del Real Decreto fueron: en primer lugar, la concentración de competencias, la cual quedó en manos del Gobierno, y, en segundo lugar, la limitación de derechos, la cual fue polémica.⁸

7 Durante la elaboración de este trabajo, el Real Decreto 463/2020 no se había planteado como inconstitucional, aunque el partido de Vox interpuso en su momento un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional para frenar su eficacia y vigencia. El día 10 de junio de 2021, se anunció que el Tribunal Constitucional estudiaría para dentro de dos semanas, la posible declaración de inconstitucionalidad del confinamiento domiciliario que fue impulsado por el Gobierno durante el primer estado de alarma, en marzo. Más concretamente, uno de los magistrados del Tribunal Constitucional considera que el confinamiento domiciliario que se adoptó era, en la práctica, una suspensión de los derechos a la libertad de circulación, residencia y reunión y no una limitación. Algunas de las ideas que formula son que, en caso de suspensión de derechos, lo que debería haberse planteado era un Estado de excepción, pero que las medidas adoptadas en el contexto de incertidumbre y evolución de la pandemia, habían cumplido con su proporcionalidad. (MARRACO, Manuel. El ponente del TC propone declarar inconstitucional el confinamiento domiciliario que impuso Pedro Sánchez. Noticia extraída de El Mundo.es. Disponible en la URL: <https://www.elmundo.es/espana/2021/06/10/60c1d67cfc6c8315448b45e8.html>). [Con acceso el 11.6.2021].

8 El Real Decreto 463/2020 fue conflictivo por su restricción de derechos, la cual fue especialmente intensa y generó un debate acerca de si los derechos habían sido limitados o realmente estábamos ante una suspensión en toda regla. Sin embargo, este no es el objeto de este trabajo, si bien es cierto que, a mi parecer, estábamos ante una intensa limitación de derechos, nunca fue una suspensión, ya que suspender significa “dejar sin efecto” un derecho en su totalidad, y este no fue el caso. Uno de los artículos más polémicos fue su artículo 7, que afectaba a la libre circulación.

Más adelante, se aprobó el «Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre de 2020, por el que se declara el estado de alarma para controlar la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2», (RD 926/2020 en adelante) donde se produjo un régimen que dio más relevancia a las Comunidades Autónomas.⁹ El artículo 2 del presente Real Decreto establecía que, bajo el término de autoridad delegada competente, el gobierno quedaba autorizado para delegar sus facultades a las Comunidades Autónomas para que pudieran dictar órdenes, resoluciones y disposiciones, así como adoptar medidas limitativas de derechos, flexibilizarlas, adaptarlas e incluso, suspenderlas.¹⁰ Este Real Decreto se aplicó en todo el territorio español y duró hasta noviembre de 2020.

1.3 La problemática de las habilitaciones normativas para la adopción de medidas tomadas en emergencias sanitarias: la parquedad de la legislación, los reglamentos de necesidad y la función jurisdiccional

El artículo 116 de la CE señala que se requiere la existencia de una situación excepcional que habilite la declaración del estado de alarma. Este también identifica cuáles son sus órganos competentes para su declaración y prórroga, y los que determinarán el contenido y el plan de vigencia, entre otros.

9 Definido por varios autores como «Régimen de cogobernanza». (Ver CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. “Un estado de alarma en clave de cogobernanza, pero que impide los confinamientos domiciliarios a las Comunidades Autónomas”, 2020). [Con acceso el 11.5.2021]. Disponible en la URL: <https://the-conversation.com/un-estado-de-alarma-en-clave-de-cogobernanza-pero-que-impide-los-confinamientos-domiciliarios-a-las-comunidades-autonomas-149301>. Puede darse la situación de que, con la adopción de un estado de alarma, se pueda establecer un régimen conocido como “régimen de cogobernanza”, que consiste en una colaboración entre Estado y Comunidades Autónomas, fruto de una situación de excepcionalidad. Entre algunas de las características que se les otorgan, es posible que las Comunidades Autónomas puedan autorizar o ratificar medidas limitativas de derechos. No obstante, para que esto sea así debe darse una situación excepcional, y debe existir una normativa que lo habilite.

Con la crisis del coronavirus, el RD 926/2020 ha hecho posible este tipo de régimen y su artículo 2 ha habilitado que las Comunidades Autónomas tengan competencia directa para dictar órdenes, resoluciones y disposiciones que limiten derechos fundamentales, sin que para ellos sea necesaria la tramitación de un procedimiento administrativo ni deban estar sometidas al párrafo segundo del artículo 8.6 ni en el artículo 10.8 de la LJCA- recordemos que las medidas urgentes pueden prescindir de procedimiento administrativo-. Así pues, con la cobertura que ofrece el estado de alarma, cada Comunidad Autónoma para que determinará cuáles son las medidas que adoptará atendiendo a sus necesidades epidemiológicas, y cuáles serán de intervención y cuáles se ejecutarán con carácter urgente.

10 En virtud de los artículos 6,7 y 8 del «Real Decreto 926/2020».

El artículo 116 de la CE entra en conexión directa con el artículo 55 de la CE, que añade que los derechos en estado de alarma no pueden suspenderse, aunque es cierto que se permite la adopción de medidas que puedan limitar o restringir derechos de forma intensa.

Declarar el estado de alarma, es una decisión que se adoptará a través de una norma con rango de ley. Y las medidas que se aprueben durante su vigencia deben reunir dos elementos fundamentales: deben ser de carácter urgente y necesario, y deben respetar los tres elementos que forman el juicio de proporcionalidad.

Aun así, la adopción de estas medidas excepcionales puede suponer la aparición de algunos problemas, que pueden emanar directamente de la misma normativa de emergencia:

- a) La habilitación normativa. La declaración del estado de alarma permite que cualquier norma que se adopte por parte del Estado o las autoridades delegadas tenga una poderosa eficacia jurídica, independientemente de cuál sea su rango –ley o reglamento-. Aquí surge un primer problema: el tratamiento es muy diferente porque, en una ley emitida por el Estado, la comprobación recaerá sobre el Tribunal Constitucional. Pero, si es considerado un reglamento, la comprobación corresponderá a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Así pues, la cuestión está en cuestionarse si un decreto puede tener más valor que otros tipos de normas como un Estatuto de Autonomía o una Ley Orgánica. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional en la «Sentencia 83/2016, de 28 de abril» (STC 83/2016 a partir de ahora) planteó como solución considerar que este Real Decreto - y la normativa que emane del estado de alarma- fuera equivalente a rango de ley. Así es como se solucionaría el problema que generaría al sistema de fuentes. Este hecho implica que no puede ser objeto de control por parte de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

A partir de esta conclusión, surge la duda -y, por lo tanto, un segundo problema- sobre cuál debe ser el tratamiento de las medidas adoptadas por parte de las Comunidades Autónomas. De hecho, el RD 926/2020 se volvió a prorrogar porque muchas de las medidas adoptadas por parte de las Comunidades Autónomas eran objeto de control por los tribunales de justicia y estos normalmente

no autorizan este tipo de medidas. Por lo tanto, este tipo de real decreto sólo podrá ser objeto de control por parte del Tribunal Constitucional. No es susceptible de control ni por parte de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ni por parte de los tribunales ordinarios.

El tercer problema es el parámetro de este control. Lo que propone Castillo Abella es si la norma emitida en virtud del Estado de alarma tiene rango de ley. Entonces «*la Ley 4/1981 no puede servir de parámetro porque tienen el mismo rango*» (Castillo Abella, 2020). Ante esta situación el control únicamente lo podría hacer la Constitución.

Pero esta tampoco especifica cuáles son los supuestos en que se puede declarar el estado de alarma. Esto puede provocar que no sepamos cuál es el estado que realmente deba adoptarse - si Estado de alarma, excepción o sitio -. La cuestión tampoco se puede resolver con la distinción entre leyes orgánicas y ordinarias, porque no hay una reserva de ley específica para el Estado de alarma. Por el decreto de alarma podríamos plantear la habilitación normativa en el artículo 116 de la CE, y su desarrollo en la LOAES.

Pero en el caso del Estado de alarma, ¿qué es lo que se adopta? Castillo Abella señala que ni es una ley, ni un reglamento, y que tampoco puede desplazar la LOAES, por lo que deduce que se trata más bien de un decreto de emergencia. Sólo este decreto podría justificar ciertos actos, aunque muchas de las soluciones que se aplican son contradictorias e inciertas.

Personalmente comparto esta argumentación, porque así es como se podría acreditar la urgencia y la necesidad que han motivado la aparición del Estado de alarma, por lo que encajaría en este supuesto y podría justificar la adopción de normas o reglamentos de necesidad.

- b) La parquedad de la legislación sanitaria y de excepción. Las actuaciones en materia sanitaria pueden tener dos tipos de objetivos: actuar con la intención de proteger la salud pública o bien actuar de forma asistencial. Cuando lo que se quiere proteger es la salud pública, se produce un conflicto en los títulos competenciales. Aquí se suma la deficiencia de la normativa de salud pública: la falta de texto principal en materia de salud colectiva

empeora la situación, ya que realmente no existe ninguna ley estatal donde se sienten las bases generales de la salud colectiva. Aunque podamos pensar que la LGS podría resolver este problema, en realidad no es así.

Podemos asegurar, pues, que, como consecuencia de esta distribución de competencias, surgen dos dificultades: las interferencias entre títulos competenciales en relación con la salud colectiva y la ausencia de un texto legal de cabecera para solucionarlo.

La LGS no es la única que presenta algunas carencias. En la LOMESP, no queda claro cuáles son los derechos fundamentales que pueden estar restringidos, lo que genera la aparición de conceptos jurídicos indeterminados. Además, las garantías de esta ley tampoco están determinadas. De todos modos, la «Sentencia 69/1989, de 20 de abril», *«ha admitido que las normas que limitan derechos fundamentales contengan conceptos jurídicos indeterminados»*¹¹, porque en algunos casos es posible justificarlos por su situación excepcional o grave.

Sin embargo, la característica en común de estas leyes es su contenido normativo, en cual tiene poca densidad normativa; la materia que presenta es extremadamente limitada y hay múltiples deficiencias, porque el derecho solamente está preparado para solucionar sobre aquellas cuestiones relativas al tratamiento individual de las personas.

- c) La lista no cerrada de las medidas y la aparición de los conceptos jurídicos indeterminados. La ambigüedad de las normas sanitarias genera que las medidas establecidas en ellas no estén reguladas de forma estricta, lo que conlleva que se puedan adoptar cuantas medidas sean posibles para que no existe una lista cerrada. Por ende, su interpretación queda en manos de la autoridad competente, con la condición de que, en una situación de emergencia sanitaria pueda adoptarse cualquier tipo de medida.

Todo esto altera las funciones de la actuación de la Administración en este ámbito, porque tiene que ser el legislador sectorial quien debe, no sólo precisar o aclarar la regulación común, sino, incluso, llegar a desarrollarla para un sector en concreto.

11 Fragmento de la «STC 69/1989, de 20 de abril, del Tribunal Constitucional», relativa al «Recurso de amparo 66/1987».

- d) Los conflictos que derivan del control jurisdiccional. Las medidas limitativas de derechos deben estar sometidas a una ratificación o una autorización en virtud del artículo 8.6 de la LJCA. El control de estas queda justificado por el mismo artículo, ya que se prevé que se pueda intervenir de forma inmediata gracias al carácter urgente y necesario de estas medidas. Aun así, este control también tiene algunos problemas y es que no se sabe cuál es el procedimiento a seguir. Existe un vacío legal para que no se indica en la normativa acerca del trámite para autorizar o ratificar una medida restrictiva de derechos.

Esta circunstancia empeora con la ponderación de los derechos, la cual debe ser tan objetiva como sea posible y debe dar soluciones para protegerlos. Podemos deducir, por lo tanto, que la respuesta del derecho en cuestiones de salud pública es imperfecta. Y este hecho influye en el establecimiento de las medidas.

Esta deficiencia también afecta a algunos principios del derecho como, por ejemplo, el principio de proporcionalidad, y lo hace de la siguiente forma: este principio va de la mano con la ponderación de derechos prevista en el control judicial para autorizar o ratificar medidas. Para hacer un examen adecuado sobre la proporcionalidad de una medida no es suficiente con aplicar el principio en sentido estricto, y menos cuando el bien jurídico a proteger es la salud pública. Las medidas deben estar previstas en la normativa sanitaria sobre salud pública.

Pero, si la legislación prevé un número muy amplio de medidas o no da una respuesta adecuada a los problemas que puedan presentarse en la práctica, se sumará la interpretación que puedan hacer los jueces, hecho que puede generar que la ponderación de derechos no sea efectiva e implique más inseguridad jurídica.

Entonces, los órganos judiciales han adoptado una función normativa que propiamente no les corresponde, a fin de dar una respuesta a todas las deficiencias que presentan no sólo el marco normativo sanitario y de excepción, sino también la normativa procesal. Lamentablemente en el caso español, han sido comunes algunos casos en los que los jueces no ha interpretado de forma correcta las normativas ni han hecho ponderaciones trabajadas, hecho que, ha perjudicado a la hora de evaluar la calidad de la medida.

2. LA RELEVANCIA DE LOS ELEMENTOS TÉCNICOS Y LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y PRECAUCIÓN EN LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHOS

2.1. El papel de las técnicas ablatorias dentro del marco de una situación excepcional de emergencia sanitaria. Consideraciones generales

Dentro de la actividad administrativa de limitación existen diversas técnicas que se ordenan de menor a mayor intensidad. Básicamente encontramos tres tipos de técnicas: de información, de condicionamiento y ablatorias. El estudio de las medidas limitativas de derechos se ejecutará a partir esta última.

Podemos definir las técnicas ablatorias como aquellas que limitan o suponen una restricción de derechos y libertades del particular, por lo que, son las técnicas más drásticas, dado que *«no se limitan a condicionar el ejercicio de una determinada actividad, sino que inciden directamente en su esfera jurídica, tanto en sus aspectos de libertad, como patrimoniales»* (Santamaría Pastor, 2018). En materia sanitaria suelen ejecutarse ante peligros o amenazas que afecten al conjunto de la población – como, por ejemplo, la protección de la salud colectiva - y pueden ser realmente estrictas.

Existen dos tipos de técnicas ablatorias: por un lado, de disminución o privación en situaciones activas - privación de derechos que puede ser total o parcial - o de creación y ampliación en situaciones activas, donde se pueden crear obligaciones y deberes. Lo habitual es que puedan ser órdenes o requerimientos o, en última instancia, el uso de la fuerza.

Una vez adoptada esta técnica, se producirá una medida que podrá incidir en la limitación de derechos tanto fundamentales como no fundamentales. Este tipo de actuación, como ya sabemos, debe estar amparada en una norma con rango de ley y deberá ser legal y proporcional.

Cuando este tipo de medidas se adoptan en materia sanitaria, se tendrán en cuenta las siguientes ideas:

- a) La excepcionalidad. La LGS exige la producción de un riesgo inminente y extraordinario para la salud y, en relación con el artículo 1 de la LOMESP, debe concurrir una razón de urgencia o necesidad. Otro elemento imprescindible es que estas medidas se muevan entre los parámetros del principio de proporcionalidad.

- b) Las medidas se adoptan inmediatamente por razones de urgencia por lo que es normal que no concorra un procedimiento administrativo. Esto implica que *«la autoridad seguramente no contará con toda la información y con todos los datos completos relacionadas con el asunto»* (Cierco Seira, 2006). Será suficiente si dispone de la información que indique que hay un riesgo sanitario. Esto no incluye que no se pueda producir una contradicción en la adopción de medidas a posteriori.
- c) La importancia de los límites y garantías. Son esenciales para evitar que se adopten medidas desproporcionadas o sin ningún tipo de justificación. Recordemos que estamos ante la medida más restrictiva de derechos y es necesario vigilar los posibles excesos que pueden producirse.
- d) No hay una normativa que regule cuáles son las medidas que pueden ejecutarse en una situación de emergencia sanitaria. Por este motivo, César Cierco las divide entre las que afectan a la esfera personal y patrimonial y las que pueden perjudicar animales u otro tipo de cosas. Esta división *«introduce una escala de gradación en lo que hace a la inteligencia de los límites y garantías que rodearán a las diversas medidas ablatorias»* (Cierco Seira, 2006).

2.2. La complejidad en la adopción de medidas limitativas

Pueden surgir muchas complejidades a la hora de examinar una medida limitativa de derechos. Por eso hay que precisar cuáles son las dificultades que pueden presentarse. Una primera complejidad es la diferencia entre derechos fundamentales recogidos en los artículos 14 a 29 de la CE y el resto de derechos constitucionales, como podría ser, por ejemplo, la libertad de empresa recogida en el artículo 38 de la CE. Si bien en ambos casos para la adopción de medidas restrictivas habrá una cobertura legal que se ajuste al principio de proporcionalidad, en el segundo supuesto no se requerirá un previo control judicial para autorizar este tipo de medidas. De hecho, el derecho a la salud cobra relevancia porque está conectado con otros derechos como pueden ser el derecho a la vida, a la integridad física, etc.

Una segunda complejidad viene determinada por los tipos de medidas que se incluyen tanto de tipo normativo como actos administrativos de aplicación. En este sentido, hay que cuestionar que,

para determinadas medidas de carácter general, que pueden ser consideradas como reglamentos de necesidad, sea necesario pedir autorización o ratificación judicial previa, tal como veremos más adelante. Esta idea tiene relación con la adopción de medidas, puesto que inciden en varios tipos de derechos, este hecho da lugar a que la cobertura legal y la proporcionalidad deban aplicarse.¹²

Anteriormente se indicó que las medidas limitativas de derecho se dan en el seno de una situación irregular, por lo tanto, son medidas ablatorias de carácter excepcional. Para que esta situación se pueda considerar como tal, debe producirse en el contexto de un estado de alarma, excepción o sitio. Si bien es cierto que las medidas sólo se pueden limitar en estado de alarma, podemos encontrar que una limitación resulte tan intensa que sea fácil confundirla con una suspensión del derecho en cuestión.¹³

Por lo tanto, la tercera complejidad sería aclarar este marco de adopción de medidas excepcionales. Las medidas deben tener carácter temporal, ser lo menos intrusivas posible y tener establecidas garantías para poder volver a la legislación ordinaria una vez finalice la situación excepcional.

La cuarta complejidad que podemos encontrar es que los derechos no son ilimitados: pueden verse sometidos a restricciones, pero, según el artículo 53.1 de la CE, su contenido esencial nunca puede quedar afectado. Si así fuera y la medida se hubiera establecido en un Estado de alarma, no sería proporcional.

Sin embargo, el contenido esencial puede variar. Si bien queda claro que la ley no puede afectar al contenido esencial del derecho, este realmente sería fruto de la coexistencia que hay en cada contexto concreto con otros bienes o valores constitucionales.

Por ejemplo, en las afectaciones a la libertad de circulación por la pandemia se ha destacado que la relevancia constitucional de los derechos fundamentales, tanto en su vertiente subjetiva como objetivo, obligan a realizar una interpretación restrictiva de sus límites y en la forma más favorable a los derechos fundamentales (Peñalver Cabré, 2020)

12 El «Auto del Tribunal Superior de Aragón 332/2020, de 3 de diciembre» precisamente hace referencia a este tema. Como dato interesante añade que, en función de a quien afecte la medida - si a un ciudadano en concreto o a una pluralidad indeterminada de ciudadanos -, el control jurisdiccional corresponderá o los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo o en las Salas de lo Contencioso de los TSJ. También introduce un control previo de constitucionalidad o una función consultiva vinculante en la disposición que tiene por objeto la adopción de medidas en materia sanitaria. (Extraído del «Auto Tribunal Superior de Aragón 332/2020, de 3 de diciembre»).

13 Así lo establece la «STC 83/2016, de 28 de abril».

Alexandre. (2020). Y es que artículos como el 11 y el 12 de la LOAES establecen autorizaciones muy indeterminadas que pueden generar efectos restrictivos sobre derechos y libertades. Deberán ser las mismas autoridades gubernativas del Estado de alarma las que tengan que identificar este contenido esencial del correspondiente derecho fundamental en cada caso concreto.¹⁴

La quinta complejidad es que toda medida administrativa debe responder a una finalidad constitucional legítima y debe ser proporcional: estas habilitaciones deben tener cobertura legislativa¹⁵ y las autorizaciones deben corresponder a restricciones proporcionales y que respeten el contenido esencial del derecho afectado. De esta manera las administraciones y el gobierno quedarían sometidos a estos dos elementos, además de los límites legales.

Se podría añadir como sexta complejidad que, en situaciones de emergencia, es posible prescindir de un procedimiento administrativo - como bien hemos manifestado-. Con respecto a este tipo de situaciones, se pedirá que las medidas, que deben ser proporcionales, sean urgentes, necesarias y estén debidamente motivadas.

La última complejidad es que, las medidas limitativas de derechos deben estar controladas judicialmente. Así pues, podrán ser impugnadas y, en algunos casos, sometidas a ratificación judicial. Como consecuencia de la intensidad de este tipo de medidas, están previstas una serie de garantías para intentar compensar de alguna manera el perjuicio que generan los derechos. Ahora bien, aunque es verdad que la mayoría de control se hace *ex post*, en algunos casos el control puede justificarse *ex ante*, siempre que estemos en presencia de derechos fundamentales.

14 El término “autoridades gubernativas” hace referencia a las autoridades que, en estado de alarma, tienen la potestad de poder limitar derechos fundamentales mediante medidas limitativas, normalmente de carácter ablatorio. La regla general es que corresponde al Estado, así se establece a nivel competencial. No obstante, durante la pandemia del Covid-19, las competencias han sido delegadas a las Comunidades Autónomas, cuando en un principio no es posible.

15 En el ámbito de las actividades económicas, la «Directiva de Servicios» reconoce que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en objetivos de salud pública [...] «*que constituyan razones imperiosas de interés general, quedarán justificadas autorizaciones y otras restricciones, pero éstas deberán respetar siempre los principios de necesidad y proporcionalidad*». Por tanto, en el ámbito de la salud pública y la adopción de medidas limitativas, establece cobertura normativa que justifica su adopción, así como límites específicos, y da especial relevancia a los principios de necesidad y proporcionalidad. (Véase «Directiva 2006/123 / CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, apartado 56»).

2.3. Los principios que repercuten en la adopción de medidas de restricción de derechos y libertades: en especial, el principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es clave en la actividad de limitación y uno de los principios más influyentes que existen. «*Condiciona la actividad administrativa a la hora de determinar que, si hay diferentes alternativas para lograr los mismos fines, se han de optar por las menos restrictivas de derechos*» (Gamero Casado & Fernández Ramos, 2020).

Así pues, se debería establecer, por un lado, cuáles son los intereses individuales que se verían afectados por la actuación de la Administración y, por el otro, cuál es la finalidad de esta limitación, que normalmente será la protección del interés general. En consecuencia, «*impone un cierto equilibrio entre el beneficio que la medida limitativa produce por el interés público que se pretende proteger y los perjuicios que comporta para otros intereses*» (Vera Jurado & Rebollo Puig, 2019).

Los autores y la jurisprudencia consideran que el principio de proporcionalidad tiene un triple test:

- a) «*Juicio de idoneidad: analiza si la medida es susceptible de alcanzar el objetivo propuesto.*
- b) «*Juicio de necesidad: si no existe otra medida más moderada para lograr el mismo propósito con la misma eficacia.*
- c) «*Juicio de proporcionalidad en sentido estricto: si la medida es ponderada o equilibrada, derivándose de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto*» (Gamero Casado & Fernández Ramos, 2020).¹⁶

El juicio de proporcionalidad es acumulativo y, si uno de los requisitos no se cumple, será indiferente que los otros hayan cumplido: la medida no respetaría el principio y, por tanto, podría convertirse ilícita. Este juicio debe tenerse en cuenta en todas las actividades de limitación administrativas, sean cuales sean: vigilancia, prohibición, orden y reacción ante incumplimientos o afectación del interés general.

¹⁶ Estos no son los únicos autores que han hablado sobre el principio de proporcionalidad. Markus González Beilfuss realizó su tesis doctoral sobre el principio de proporcionalidad. De hecho, este principio de proporcionalidad es una aportación de la doctrina alemana. (Véase GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus: El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, Pamplona, 2015: p. 251).

En el ámbito de las actividades económicas, la «Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado» (LGUM en adelante), concretamente sus artículos 5 y 17 añaden que todas las actuaciones de la Administración que impliquen la restricción del acceso de los ciudadanos a las actividades económicas deben estar fundamentadas. Del mismo modo, la «Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas» (LPAC a partir de ahora), en el artículo 129.3, señala que «*la iniciativa propuesta ha de contener la regulación necesaria para atender la necesidad de cubrir la norma, tras constatar que no hay otras medidas menos restrictivas de derechos o que imponen menos obligaciones a los destinatarios*»¹⁷.

La jurisprudencia comenta que este principio opera en dos tipos de casos: por una parte, «*en los casos ordinarios donde el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de escoger uno entre varios medios utilizables, y, por la otra parte, ya casos excepcionales, en supuestos en que, aun existiendo en principio, un solo medio, éste resulte claramente inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado*»¹⁸.

El principio de proporcionalidad está conectado con el de *favor libertatis* o *pro libertate* -también proclamado en el artículo 4.1 de la «Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público» (LRJSP en adelante) -, que sería este elemento de necesidad del principio de proporcionalidad: siempre se aplicará la medida menos restrictiva de derechos. Así pues, existe la opción de que se puedan escoger entre varias medidas alternativas para conseguir esta finalidad. El principio de proporcionalidad reduce la discrecionalidad administrativa, pero no la elimina en su totalidad.

Hay ámbitos de la actividad de limitación en los que, para aplicar este principio, también es necesario el punto de vista científico, «*para saber qué riesgos se presentan para la salud o el medio ambiente o la seguridad, qué medidas caben para combatirlas, cuáles son proporcionales*» (Vera Jurado & Rebollo Puig, 2019), Etc. En definitiva, dos elementos a tener en consideración son el riesgo y el estado de la ciencia para el examen de las medidas limitativas sea más completo y efectivo.

Del principio de proporcionalidad pueden surgir una serie de factores a tener en cuenta:

¹⁷ Fragmento extraído del artículo 129.3 de la «Ley 39/2015, del 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas».

¹⁸ Extraído de la «Sentencia de 18 de febrero de 1992. Recurso 959/1990».

- a) La posibilidad de que el juicio de idoneidad y el de necesidad puedan desarrollarse en el contexto de una situación de incertidumbre. Puede suceder que las medidas puedan resultar defectuosas en una situación de incertidumbre sanitaria y científica. No se debería asumir riesgos cuando la información científica es insuficiente, ya que no sería excusa para evadirse de todas las consecuencias que se producirían.

En los casos inciertos, el juicio más apropiado sería un juicio *ex post* para valorar si las medidas son proporcionales.

- b) Respecto la ponderación, se deben identificar cuáles son los bienes y derechos que entran en conflicto. Así también se deberá de señalar como el sacrificio de unos derechos beneficiaria a otros.
- c) Las excepciones: son aquellas flexibilizaciones que se pueden producir en la aplicación de las medidas restrictivas. Hay excepciones generales, abstractas, singulares y concretas. La fuerza mayor, la situación de necesidad y la analogía serían aquellas situaciones en que se permitiría una excepción a la regla general, ya que se podrían adaptar a algunas circunstancias concretas.

2.4. La influencia del principio de precaución en relación a las medidas limitativas de derechos y su conexión con el principio de proporcionalidad

Un principio que se podría incorporar más bien desde la perspectiva científica es el principio de precaución. Este significa que se debe poner en conocimiento cualquier avance científico que se produzca. Para evaluar la proporcionalidad de las medidas no es suficiente con la interpretación estricta de los elementos que integran la proporcionalidad, sino que también, junto con los riesgos, se debería valorar en una situación de emergencia sanitaria lo siguiente:

- a) En supuestos de epidemia, el posible contagio: si existen personas contagiadas, que ocurre con las personas asintomáticas y si éstas a su vez pueden contagiar al resto.
- b) Cuáles son los síntomas que existen y la carga viral del paciente.
- c) Cuáles serían las medidas que deberían aprobarse, como, por ejemplo, confinamientos voluntarios, cuarentenas, tratamientos médicos, entre otros.

- d) El papel de los avances médicos, farmacológicos y otras medidas complementarias.

El principio de precaución resulta ser importante, en el sentido que incorpora elementos de carácter científico que servirán para poder examinar de forma más profunda los requisitos para adoptar medidas limitativas de derechos -partiendo de la base de que la interpretación estricta es insuficiente en situaciones en las que el factor sanitario es primordialmente.

3. LAS MEDIDAS SANITARIAS RESTRICATIVAS DE DERECHOS

Antes de entrar a examinar a fondo las medidas relativas a la limitación de derechos, es necesario hacer un breve apunte: cuando hablamos de medidas, podemos hacer referencia a medidas que pueden incluir reglamentos de necesidad o actos administrativos generales, por lo que delimitar una frontera puede ser difícil. Entonces hay que distinguir entre dos tipos de medidas: las dirigidas a una pluralidad indeterminada de sujetos – que serían los reglamentos de necesidad – y las medidas relativas a un caso en particular– y que constituirían como actos administrativos –.

Estas medidas se deben separar porque las habrá que se incluirán en reglamentos de necesidad¹⁹ y otras que encajarán en el concepto del acto administrativo. Puede haber algunas que se incluyan en un reglamento de necesidad. Los reglamentos de necesidad no requieren autorización judicial *ex ante*, sin perjuicio de que pueden estar sujetos a un control posterior.

Los reglamentos de necesidad son un motivo actual de debate. Hay autores que consideran que una medida de carácter general se entiende que es un reglamento de necesidad y, si es así, la función de control previo no sería necesaria porque está fuera de esta, al entender que el juez estaría haciendo una función meramente consultiva.²⁰

¹⁹ El reglamento de necesidad es un reglamento de carácter administrativo que se utiliza en situaciones excepcionales, por tanto, la vigencia de este tipo de reglamentos es de carácter no estable.

²⁰ Así se ha pronunciado un sector relevante de la doctrina y algunas decisiones judiciales. De hecho, el «Auto 102/2020 de 22 de septiembre de 2020» no admite este tipo de medidas de autorización y ratificación porque considera que son reglamentos. (Véase «Auto núm. 102/2020, de 22 de septiembre de 2020, del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 1 de Logroño»).

3.1. La medida del confinamiento domiciliario y su incidencia en el derecho a la libertad de circulación

El derecho a la libertad de circulación está regulado en el artículo 19 de la CE y también en el derecho de la Unión Europea (artículo 21 del «Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea») e internacional. «*La libertad de circulación no es considerada inherente a la dignidad humana*» (Peñalver Cabré, 2020). Se trata básicamente de la facultad de poder desplazarse de un lugar a otro dentro de un estado o, en el caso de la Unión Europea, entre los estados miembros.²¹

La libertad de circulación puede quedar afectada junto a otros derechos. Por ejemplo, la medida de confinamiento no sólo afecta a la libertad de circulación, sino también la libertad personal (artículo 17 de la CE). Así lo ha señalado Durán Alba, cuando manifiesta que la libertad de circulación emana de la libertad personal (Durán Alba, 2020).²² En el ámbito europeo se prevén circunstancias en que este derecho puede verse limitado excepcionalmente.²³

La prohibición de la movilidad debe valorarse teniendo en cuenta dos parámetros:

- a) Por un lado, el artículo 116 de la CE, que establece una reserva de ley orgánica para la regulación de los estados excepcionales.

21 A escala europea, la libertad de circulación es considerada una de las cuatro libertades básicas - libre circulación de mercancías, de personas, de servicios y de capitales. Desde el año 1992, «*constituye la esencia del estatuto de la ciudadanía europea*». (Véase MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena María: «Las restricciones a la libre circulación de personas en la UE durante la era Covid-19: Hacia un futuro incierto», *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, 2020, pp. 311-335).

22 Durán Alba considera que la libertad de circulación está conectada con la libertad personal. Afirma que las dos libertades tienen un contenido muy diferente y que, incluso, su canon de interpretación puede ser distinto a la hora de evaluar la proporcionalidad de las medidas que limiten cada uno de estos derechos, pero discrepa de una posible desconexión entre ellos, ya que ello implicaría que la libertad personal quedara, en una parte, «vacía de contenido». (Véase DURÁN ALBA, Juan Fernando: «Afectaciones a la Libertad de circulación derivadas del estado de alarma declaración debido a la crisis “Covid-19”», *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el ordenamiento constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Colección Obras Colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2020).

23 Una de las cuestiones en las que es necesaria la autorización es en materia de extranjería. Esta distinción cobra relevancia en este ámbito, en el cual una idea es, por ejemplo, el internamiento de una persona en un CIE (Centro de Internamiento de Extranjeros), que requiere una autorización del juez de instrucción y otra muy distinta, una expulsión, en los que no es necesaria una autorización previa. (Ver AGUADO Y CUDOLA, Vicenç: «Libertades de circulación y residencia: el visado como control de entrada de Extranjeros», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. Extra 6, 2003, pp.259-300).

Esto significa que debe ser la misma ley orgánica la que, de forma directa o a través de una remisión, autorice las restricciones a la libertad de circulación.

- b) El respeto al principio de proporcionalidad y, al igual que en el resto de derechos, «*las limitaciones deben respetar el contenido esencial de la libertad de circulación*» (Peñalver Cabré, 2020) y deben estar previstas en una ley.

Se ha señalado que los artículos 11 y 12 de la LOAES prevén la posibilidad de limitar la libre circulación o permanencia de personas y vehículos en horas y lugares determinados, o acondicionarlos al cumplimiento de ciertos requisitos. Sin embargo, el artículo 11 se ha interpretado abiertamente en el sentido de que únicamente hace referencia a horas y lugares determinados (Velasco Caballero, 2020b). Ahora bien, esta concisión no impide la adopción de una medida de confinamiento. El artículo 12 permite que, en caso de emergencias sanitarias, se adopten todas las medidas restrictivas de derechos contempladas en la LGSP.²⁴

3.1.1. La medida de confinamiento domiciliario en el supuesto excepcional de pandemia

Durante la pandemia del Covid-19, una de las medidas “estrella”, fue el confinamiento domiciliario, que se prolongó durante muchos meses. Su finalidad era evitar la propagación del Coronavirus; con el confinamiento domiciliario, la población quedaba aislada y así se frenaban las cadenas de contagio. Es una medida que está recogida en la normativa autonómica.

Ante un caso de emergencia sanitaria, no necesariamente puede darse un problema de incertidumbre científica, aunque en la pandemia del Covid-19 sí se produjo. Por este motivo, el «ITC 40/2020, de 30 de abril», la consideró una medida adecuada, idónea y necesaria.²⁵

24 Actualmente existe un debate llamado “suspensión versus restricción”. Durante la pandemia del Covid-19 se produjo una limitación de derechos muy potente, hasta el punto que se creyó que los derechos fueron suspendidos. Más concretamente, en el ámbito de la libertad de circulación, se consideraba que este derecho había sido suspendido parcialmente. Esto es en buena parte porque la regulación de la LOAES es confusa y así también lo asegura Peñalver: «*El Estado de excepción permite una vigencia atenuada o parcial de los derechos fundamentales suspendidos (artículo 20) y el Estado de alarma, unas importantes limitaciones (artículo 11.a)*». (Ver PEÑALVER Y CABRÉ, Alexandre: «Afectaciones a la libertad de circulación por la pandemia de la Covid-19 y su régimen sancionador en el Estado de alarma», *Revista catalana de derecho público*, núm. Especial COVID-19, 2020, pp. 105-124).

25 Aunque resulta complicado valorar a priori si una

La limitación de este derecho durante la pandemia «se ha interpretado en un sentido prohibitivo, propia del artículo 20 de la Ley 4/1981» (Brito Siso, 2020)²⁶, puesto que contiene medidas tanto de carácter negativo como positivo. De hecho, su tercer apartado establece un régimen de comunicación previa fuera del lugar de residencia habitual²⁷, mientras que las medidas de los dos primeros apartados suponen un nivel de restricción total.

Todo esto ha conducido a que las medidas no se ajusten a los límites solicitados o incluso, que sean contradictorias, circunstancia que rompería con la proporcionalidad requerida. El derecho a la libertad de circulación es un derecho necesario y, además de esta proporcionalidad, debe intentarse evitar resultados lesivos provocados por la misma limitación. En la pandemia actual, los múltiples recursos que se han presentado contra limitaciones han priorizado el derecho a la vida y el derecho a la salud (artículos 15 y 43 de la CE).

En la emergencia sanitaria de la Covid, ha habido dos problemas principales en torno a las medidas de confinamiento. El primero es que en esta pandemia la libertad de circulación ha quedado tan comprometida que han existido dudas de si realmente no se había suspendido, ya que las medidas adoptadas parecían haber afectado su contenido esencial. Además, «la línea que separa las medidas fuertemente restrictivas de un derecho fundamental de su suspensión» (Tajadura Tejada, 2020) es complicada de delimitar. Nogueira considera que el confinamiento

determinada medida que haya limitado la libertad de circulación como es el confinamiento ha sido proporcional, porque dependería de varios factores y también de algunas hipótesis.

26 El artículo 11 de la Ley 4/1981 es lo contrario al artículo 7 del «Real Decreto 463/2020», elaborado para hacer frente a la Covid-19. Este último artículo «supone una restricción absoluta ante el Estado de alarma con excepciones» (Véase FRANCO SERRANO, Teresa. La libertad de circulación durante el Estado de alarma, jun. 2020). Disponible en la URL: <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-publico/derecho-constitucional/la-libertad-de-circulacion-durante-el-estado-de-alarma-2020-06-29/>. [Con acceso el 10.5.2021] el cual sería una contradicción porque los derechos en Estado de alarma pueden quedar limitados, pero no suspendidos. Además, esta suspensión solo es en el territorio nacional.

27 En los Estados de excepción y sitio se puede exigir «esta comunicación previa de un desplazamiento a una localidad diferente de la que se resida». Ahora bien, para que se pueda adoptar esta medida, deben existir «motivos fundados en razón a la peligrosidad para el mantenimiento del orden público». (Véase MALAVÉ ENRIQUEZ, Guillermo. “Inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de circulación establecidas en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19”, Diario *LaLey*, 2020). Disponible en la URL: <https://diariolaley.laleynext.es/dli/2020/04/24/inconstitucionalidad-de-las-limitaciones-a-la-libertad-de-circulacion-establecidas-en-el-real-decreto-463-2020-de-14-de-marzo-por-el-que-declara-el-estado-de-alarma-para-la-gestion-de-la-situacion-de-crisis-sanitaria-ocasionada-por-el-covid-19>. [Con acceso el 10.5.2021].

es una de las medidas más severas que existen y comenta que, si bien las medidas eran adecuadas y necesarias, quizás la proporcionalidad debería haber dosificado más.

El segundo problema es que no sólo es un concepto que no está delimitado, sino que se ha sumado el problema de la ratificación o autorización de las medidas²⁸ (había algunos casos donde no se hizo, aunque sí que se habían ratificado los confinamientos más intensos).

Las excepciones previstas por el derecho a la libertad de circulación eran las propiciadas en el artículo 7 del RD 463/2020: desplazamientos por motivos laborales, asistencia a centros sanitarios, compra de productos de primera necesidad, etc. Este, junto con su artículo 7, fueron muy polémicos – e incluso fueron fruto de un recurso de inconstitucionalidad²⁹ – porque se consideró que vulneraban varios derechos y algunos de ellos eran fundamentales. Se consideró que el artículo 7 se aproximaba más a una suspensión de derechos que a una limitación, sobre todo del derecho a la libertad de circulación, y se creía que se había producido una verdadera ablación de este.

El artículo 7 partía de una prohibición general de circular, pero también introducía excepciones a la prohibición, que estaban destinadas a la subsistencia de los ciudadanos. También se comentó que el derecho a elegir residencia, como también forma parte de la libertad de circulación, quedaba afectado de forma intensa.

La referencia al artículo 20 de la LOAES es importante porque, si se parte de la idea de que los derechos no son ilimitados, se debe delimitar este derecho en relación con otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos para introducir límites razonables y proporcionales, en los que las restricciones estén debidamente motivadas.

Respecto al límite de un derecho con carácter general, se podría considerar que es un concepto jurídico indeterminado, porque los límites de un derecho recaen en lo que prevea el contenido esencial de cada uno de ellos. Ahora bien, en la línea de lo

28 La autorización o ratificación dependerá de las mismas medidas: la autorización es cuando la medida aún no ha desplegado efectos y la ratificación cuando la medida sí ha desplegado efectos.

29 Durante la elaboración de este trabajo, este recurso no había sido resuelto. Actualmente, el recurso de inconstitucionalidad de Vox contra el RD 463/2020, ha sido aceptado por parte del Pleno del Tribunal Constitucional y ha declarado inconstitucional este Real Decreto (y el primer estado de alarma), dando lugar a mucha más controversia y un sinfín de opiniones muy distintas.

previsto en el «Auto 40/2020, de 30 de abril» (Auto 40/2020 en adelante), el límite de un derecho podría ser, por ejemplo, el orden público.³⁰ También deja claro la no ilimitación de los derechos.

El Auto 40/2020 se produce en el contexto de una manifestación en la localidad de Vigo, que se cancela como consecuencia de la pandemia del Coronavirus. Lo más relevante a la hora de valorar si la medida ha sido proporcional reside en los fundamentos jurídicos. En ellos deja muy claro que es un derecho que puede estar sometido a limitaciones, y que el límite, tal como hemos señalado anteriormente, es el orden público.

Así pues, para valorar la proporcionalidad de una medida limitativa de derechos en un contexto de emergencia sanitaria, se deberá atender en primer lugar a la existencia de una situación excepcional y, en segundo lugar, esta medida sólo se aceptará si está debidamente motivada.

Sin embargo, la idea girará en torno al estado de la ciencia y la incertidumbre de estar ante una pandemia (entendiéndolo como la expansión de una enfermedad a escala mundial). A mi juicio considero que debe adquirir una mayor relevancia la ponderación de derechos, porque en este contexto, existe la duda que puede residir en una situación excepcional, en la que no se tiene constancia de nada y no hay mecanismos de protección ni de control. Además, el derecho a la libertad de circulación tiene otro elemento primordial, y así se pronuncia el Auto: debe tenerse en cuenta esta libre circulación para poder acceder a hospitales, ambulancias y servicios sanitarios en general.

3.1.2. Interpretación de los requisitos sobre las medidas que inciden en el derecho a la libertad de circulación

Para determinar si una medida perjudica o no la libertad de circulación, se deberían valorar los siguientes aspectos:

- a) Debe darse una situación excepcional, de urgencia y una necesidad que justifique la adopción de una medida restrictiva. Esta medida deberá cumplir con los requisitos del principio de proporcionalidad.
- b) Además, debemos atender al ámbito territorial donde se ha producido la limitación del

derecho, y a cuál era el estado de la ciencia en ese momento.

- c) Debe haber una especial referencia al riesgo grave y el peligro.³¹
- d) Aplicar la ponderación con los otros derechos. Todos estos elementos deberán ponerse en juego para determinar la proporcionalidad de la medida.³²

En una situación de emergencia sanitaria es normal que los derechos puedan confrontarse. Pero, aun así, hay que intentar preservar la vida humana y la integridad física teniendo en cuenta que puede haber derechos que queden perjudicados, por lo tanto, también se debe valorar la cobertura constitucional y la correcta ponderación de derechos, así como si se da una situación de necesidad.

Respecto al estado de la ciencia -mencionado brevemente-, la finalidad de adopción de medidas en una situación de emergencia sanitaria, donde el foco principal es una epidemia, es evitar la propagación de una enfermedad. Puede ocurrir que ésta sea totalmente desconocida, hecho que puede generar una situación de incertidumbre porque no se tiene ningún tipo de sostenimiento científico -aunque el estado de la ciencia avance regularmente-.

Los elementos mencionados anteriormente pueden aplicarse al examen de la medida limitativa del derecho a la libertad de circulación de la siguiente manera -y, teniendo en cuenta que podemos recoger algunos elementos propios del supuesto excepcional de pandemia-:

- a) En primer lugar y, como ya sabemos, la medida debe ser idónea y necesaria y respetar su contenido esencial. Se ha afirmado que las limitaciones a la libertad de circulación

31 En el Auto 40/2020, se hacía una especial incidencia en el riesgo cierto y grave para la salud y la vida humana. Este mencionaba que, cuando se producía una situación de estas características, todos los derechos fundamentales y libertades quedaban sujetos a posibles restricciones e incluso, suspensiones.

32 Cotino Hueso L. señala que dependerá de la puesta efectiva en peligro, la necesidad y la proporcionalidad de la concreta restricción que se adopte. (Véase COTINO HUESO, Lorenzo: “La (in) constitucionalidad de las restricciones y suspensiones de la libertad de circulación por el confinamiento frente a la Covid”, Excepcionalidad y Derecho: el Estado de alarma en España, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021 y COTINO HUESO, Lorenzo. “Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibiciones de reuniones y actividades y Otras restricciones de Derechos por la pandemia del Coronavirus”, Diario *LaLey*, 2020). Disponible en la URL: <https://diariolaley.laleynext.es/di/2020/04/06/confinamientos-libertad-de-circulacion-y-personal-prohibicion-de-reuniones-y-actividades-y-otras-restricciones-de-derechos-por-la-pandemia-del-coronavirus>. [Con acceso el 11.05.2020].

respetan su contenido esencial, porque hay una amplia convicción social de reducir las facultades y los intereses jurídicos de la libertad de circulación para las necesidades más básicas, en casos de emergencia sanitaria de gran riesgo para la vida y la salud de la ciudadanía. (Velasco Caballero, 2020)

Si tenemos en cuenta lo que enuncia el Auto 40/2020, se puede confirmar que las medidas de distanciamiento social y confinamiento son las únicas que había para hacer frente al Coronavirus y se han demostrado como eficaces para poder limitar el avance de la emergencia sanitaria ante la situación de incertidumbre científica.

- b) Aunque las medidas se hubieran adoptado sin un procedimiento administrativo, hubiera sido correcto porque, en estado de alarma, se permite adoptar medidas limitativas de derecho sin ningún tipo de procedimiento, aunque podría resultar criticable prescindir totalmente de este porque, ¿hasta qué punto se puede prescindir de un procedimiento administrativo?³³
- c) ¿La medida de confinamiento es o ha sido proporcional? Los juicios de ponderación de derechos pueden ser realmente relativos. Si se juzga la situación a día de hoy respecto a la del principio de la pandemia, por ejemplo, seguramente la ponderación habrá cambiado y se priorizarán otros derechos, más que el del derecho a la salud o a la vida, para intentar volver a la situación de normalidad.

Sin embargo, se debe atender a, en qué momento y en qué situación se ha adoptado esta medida. Si en ese momento la situación – teniendo en cuenta si estamos ante situación ordinaria (la cual sería mucho más complicada porque ya no estaríamos en un estado de alarma) o extraordinaria, los contagios, síntomas, carga viral, medidas, avances farmacológicos, entre otros – exigía que se ponderara a favor del derecho a la salud y el derecho a la vida porque era la única solución, la ponderación habrá sido la correcta

33 La urgencia y necesidad permiten que, en situaciones de emergencia sanitaria, pueda prescindirse de procedimiento administrativo. No obstante, esta afirmación resulta dudosa, porque pueden existir algunos casos donde un proceso “simplificado”, pueda no dar lugar a las debidas garantías que un procedimiento administrativo debe requerir, así como la vulneración de derechos tan importantes como la tutela judicial efectiva, prevista en el artículo 24 de la CE. Este no es el único problema: la ausencia de procedimiento implica también la fácil “motivación”, amparada en la misma situación de urgencia, hecho que puede generar aún más inseguridad jurídica.

y viceversa. Lo mismo se aplica para las flexibilidades o excepciones que se puedan producir.

- d) La particularidad territorial también es importante, sobre todo si, como en el caso del Covid, se ceden las competencias a las Comunidades Autónomas, porque puede haber descoordinación. Como hemos dicho, las medidas no pueden ser excesivas ni desproporcionadas. En el caso del Covid, «*las causas de autorización eran tan laxas que otorgaban a cualquier agente de la autoridad la potestad de decidir si una persona estaba saliendo legítimamente o no de casa*» (Amoedo-Souto, 2020) y, como consecuencia, quedaba en sus manos sancionarla o no.
- e) En función de a quién vaya dirigida la medida de confinamiento, puede constituir o un reglamento de necesidad o un acto administrativo (aunque en este apartado solo se observará desde la perspectiva general, por lo tanto, un reglamento de necesidad). El reglamento de necesidad se debe examinar desde la perspectiva de la proporcionalidad, sobre todo en materia de control. Como bien es sabido, en cada caso concreto deberemos estudiar la medida planteada y si ésta cumple con los requisitos de proporcionalidad. No podemos olvidar que dejarlo exclusivamente en manos del principio de proporcionalidad implicaría abandonarlo a la decisión judicial.

Hay muchos más requisitos que pueden mencionarse como las autoridades competentes y los trámites de información pública, la misma argumentación judicial, entre otros. Pero se finalizará con el control jurisdiccional, porque es uno de los requisitos que podría romper con el juicio de proporcionalidad.

- f) Y es que, el control jurisdiccional, es una de las condiciones que se exigen para poder limitar el derecho a la libertad de circulación por parte del Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria. La suspensión de los plazos procesales en la situación de la Covid, «*ha dificultado la impugnación de normas y resoluciones del Estado de alarma, ya que sólo era posible básicamente si alegaban derechos fundamentales*» (Peñalver Cabré, 2020).

Este hecho también provocaba una limitación del derecho a la tutela judicial efectiva y una contradicción con los principios de idoneidad y necesidad, así también contra el

principio de proporcionalidad, porque la intención de proteger la salud se confrontaba con los perjuicios que generaba la vulneración a la tutela judicial efectiva de muchos derechos e intereses legítimos. Por lo tanto, si quedan suspendidos los plazos procesales, la tutela judicial efectiva no puede quedar garantizada y, si se aplica a las medidas, rompería con el principio precisamente por esta suspensión.

En definitiva, si todos los requisitos de la medida de confinamiento se cumplen correctamente, la medida será proporcional. Aunque hay elementos que pueden romper con la proporcionalidad de estas medidas. Sin embargo, todo esto no evita poder hacer un juicio *ex post* sobre si realmente no se podría haber adoptado una medida menos restrictiva del derecho a la libertad de circulación.

3.2. La libertad personal frente a las medidas de internamiento en centros hospitalarios

Como ya sabemos, en situaciones de emergencia sanitaria, es habitual encontrar que, cuando aparece una medida limitativa de derechos, no sólo puede ser vulnerado un derecho en particular, sino que puede haber de otros derechos que también queden afectados. En el caso ya mencionado, la libertad de circulación podía quedar afectada junto a otros derechos, como puede ser la libertad personal, que no es nada más que no poder abandonar el lugar donde uno se encuentra.

Sin embargo, en este apartado, la libertad personal no se examinará en relación con la libertad de circulación, sino hacia los internamientos forzados en centros hospitalarios o residencias por razones de salud pública y en el margen de una emergencia sanitaria.

Existe numerosa normativa que regula este tipo de medida ablativa y su ejecución, siempre y cuando se dé esta situación excepcional. Si lo equiparamos a la situación de emergencia sanitaria que se ha producido como consecuencia de la Covid-19, disponemos de, por una parte, el RD 463/2020 y por otra la LOAES. Concretamente los artículos 11 y 12 de esta última afirman que se pueden adoptar medidas para la lucha contra enfermedades infecciosas. Si tratamos una situación de emergencia sanitaria a consecuencia de una enfermedad contagiosa, encerraría dentro del supuesto.³⁴

³⁴ Además de la normativa mencionada, también nos estamos refiriendo a los artículos 2 y 3 de la «Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública» (LO 3/1986); los artículos 26 y 28 de la «Ley

Por otra parte, hay que considerar una nueva ley, que no forma parte del marco normativo general de la salud pública, pero sí que participa cuando, en internamientos forzados, la libertad personal queda afectada: es la «Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica» (Ley 41/2002 en adelante).

El bien jurídico a proteger en este caso es la libertad personal. Esta libertad está regulada en el artículo 17 de la CE y el artículo 5 del «Convenio Europeo» y sólo puede verse limitada si existe una causa de intervención justificada. A partir de aquí, se despliegan una serie de efectos para poder proteger a la persona afectada por esta limitación de carácter excepcional.

En primer lugar, debe existir una causa justificada, que debería ser «la necesidad de proteger o preservar otros derechos constitucionales u otros bienes o valores constitucionalmente protegidos» (Santos Morón, 2002). Si no fuera así, estaríamos hablando de una detención ilegal y debería relacionarse con el artículo 9.3 de la CE, relativo a la seguridad jurídica, porque se está privando a este sujeto de su libertad.

Siguiendo la doctrina del «Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en aplicación del artículo 5 del Convenio, los requisitos que deben concurrir para validar un internamiento son:

- a) Adopción por resolución judicial motivada.
- b) Se deben respetar los derechos fundamentales de defensa.
- c) Debe existir la posibilidad de poder recurrir la decisión judicial.

Este derecho a la libertad personal, al igual que el resto de derechos fundamentales, no puede ver perjudicado su contenido esencial. Por tanto, debe existir una finalidad que justifique la privación de la libertad y, a partir de ahí, establecerse sus límites.

Los límites se admiten de la siguiente forma: en primer lugar, se debe comprobar que hay más

14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; en el artículo 9.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica»; en el artículo 54 de la «Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública», en el Anexo II, Modalidad de las declaraciones de enfermedades del «Real Decreto 2210/1995, de 28 de diciembre, por el que se crea la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica»; y, finalmente, en el artículo 8.6, párrafo, 2º, de la «Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contenciosa-administrativa» (LRJCA).

beneficios que perjuicios en el caso de decidir limitar la libertad. En segundo lugar, esta medida debe responder a la finalidad que se pide y también se debe valorar si no existen otras medidas menos restrictivas y más eficaces. No podemos olvidar el juicio de ponderación, necesario cuando existen múltiples derechos en conflicto, y finalmente, que esta medida sea proporcional.

3.2.1. Las características para la adopción de una medida de internamiento hospitalario forzoso

Dentro del abanico que hay sobre normativa de excepción y salud pública, encontramos que la restricción de la libertad personal a través de la medida de internamiento forzoso y hospitalario está permitida. Pero evidentemente es una privación por razones de salud pública.³⁵ El Tribunal Constitucional ha declarado que, cuando se produzca una situación de internamiento no voluntario que limite la libertad de una persona, se deben respetar las garantías que la protección del determinado derecho fundamental exige.³⁶

Las características que deben darse para poder ingresar a una persona son:

- a) *«En casos de sospecha o existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias pueden adoptar, motivadamente y temporalmente, medidas preventivas.»*
- b) *La adopción y aplicación de las medidas preventivas deben estar presididas por los siguientes principios:*
 1. *Preferencia por la colaboración voluntaria.*
 2. *Proscripción de medidas preventivas obligatorias que impliquen riesgos para la vida.*
 3. *Proporcionalidad de las medidas a los fines perseguidos.*
 4. *Utilización de las medidas menos perjudiciales.*

³⁵ De hecho, la propagación de una enfermedad contagiosa es un ejemplo en el que se pueden establecer medidas de limitación del derecho a la libertad.

³⁶ Extraído de la «Sentencia núm. 141/2012, de 2 de julio», en concreto, debe interpretarse teniendo en cuenta los tratados y acuerdos ratificados por España y, más específicamente, el «Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales».

5. *El consentimiento libre y voluntario del paciente. Este tiene excepciones y una de ellas es el riesgo para la salud pública.*

- c) *Muy concisa, pero existe cobertura normativa orgánica en el supuesto de que las medidas preventivas a adoptar puedan afectar a los derechos fundamentales de las personas -en concreto, la LO 3 / 1986-; en nuestro caso, para operar la privación o restricción de la libertad que es consecuencia del internamiento obligatorio.*
- d) *La imprescindible intervención judicial en supuestos limitativos de los derechos fundamentales recae en los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, a los que se ha de comunicar, dentro de las 24 horas siguientes al momento en que se produce, el internamiento obligatorio de personas» (Arribas López, 2017).*

Estos criterios son relevantes para la adopción de una medida de internamiento hospitalario. Tal y como se puede comprobar, se parte de la idea de la colaboración voluntaria con el sujeto que quedará afectado por esta medida. Sin embargo, se tienen en cuenta otros factores imprescindibles como el respeto al principio de proporcionalidad –en tanto que la medida debe ser idónea, necesaria y proporcional-, la voluntad del paciente, la cobertura normativa y la intervención judicial cuando la medida limite un derecho fundamental.

3.2.2. La problemática de la autonomía del paciente en la adopción de medidas de internamiento forzoso

Esta situación excepcional por la que se puede declarar la medida de internamiento forzoso puede tropezar con la autonomía de la voluntad e incluso, con la dignidad humana. Aunque puede haber excepciones, la transmisión de la enfermedad será un elemento fundamental a tener presente para la aplicación de esta medida y volver a la normalidad lo antes posible. *«De hecho, la ley prevé como obligatoria la intervención al sujeto, cuando su actitud origine un riesgo grave para la salud pública»³⁷* (Urioste Ugarte, 2020). Por lo tanto, los facultativos podrán realizar las intervenciones clínicas necesarias sin el consentimiento del paciente.

³⁷ (Véase artículo 9.2 de la «Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica»).

Un elemento que debe quedar claro es que, en el momento en que se produce la hospitalización o el internamiento del paciente, se producirá la afectación a este derecho fundamental, y su espacio quedará reducido. El problema es que existe un vacío legal respecto al protocolo a seguir y el único vigente se aplica a los casos de internamiento por razones de trastorno psíquico.

Ante esta situación, César Cierco ofrece algunas orientaciones para intentar solucionarlo:

- a) *«En cuanto al lugar, la determinación puede venir por la valoración puntual de una triple orden de variantes: se deberá seleccionar aquel centro que resulte más apropiado para tratar la enfermedad para evitar el contagio a otras personas y ofrecer un trato digno al afectado»*. Normalmente será en un hospital.
- b) *«Respecto a la duración -dados los internamientos por enfermos mentales-, la privación de libertad sólo podrá extenderse por el tiempo estrictamente necesario, en nuestro caso para preservar la salud colectiva»*.
- c) Respecto a las garantías, *«deberá ajustarse a la intensidad que marca la presencia de un derecho fundamental como es el de la libertad personal, lo que exigirá, entre otros aspectos, la preceptiva autorización o ratificación judicial del internamiento cuando en él se opongá la persona afectada»* (Cierco Seira, 2006).

Otros elementos a considerar son, por ejemplo, la vigilancia y la observación del paciente para evitar la propagación de la enfermedad. La vigilancia no implica el aislamiento de la persona, como sí lo podría hacer la observación, pero sí genera la obligación de soportar exámenes médicos, investigaciones, comprobaciones del estado de salud, etc.³⁸ Igualmente, Cierco Seira insiste en que se debe recordar *«la exigencia de una base firme en el Derecho nacional»*³⁹, la obligación de un seguimiento mientras la medida perdure y el respeto a su proporcionalidad.

38 En situaciones de epidemia, como resulta ser el caso de la Covid-19, no es una tarea sencilla determinar que estas medidas no puedan atravesar el límite de la dignidad humana prevista en el artículo 10 de la CE.

39 Extraído de la «STEDH: Enhorn contra Suecia». (Véase CIERCO SEIRA, César: "Derecho a la libertad personal y protección de la salud pública: el internamiento forzoso por razón de Enfermedades contagiosas. Reflexiones a propósito de la STEDH de 25 de enero de 2005, Enhorn contra Suecia", en AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I. (Ed.): Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retorillo, Zaragoza, 2008, pp. 805-834).

Debemos tener presente que las indicaciones que se ofrecen intentan dar respuesta a una situación que es complicada, puesto que se trata de un internamiento hospitalario forzoso. Por esta razón, se intentan establecer una serie de pautas que desgraciadamente afectarán al paciente, pero intentarán ofrecer una serie de garantías que obligarán a que la medida establecida respete el triple juicio de proporcionalidad y esté sujeta a control, debido a su incidencia en la libertad de la persona.

3.2.3. La autonomía del paciente en la situación de epidemia sanitaria

Uno de los elementos que pueden incidir en la aprobación de una medida limitativa de derechos es la autonomía del paciente. Por ese motivo, se examinará un caso para observar como este elemento puede llegar a influir de forma notable en la adopción o no de una medida.

Se trata de un caso de internamiento forzoso por razones del Covid-19, el «Auto 226/2020 de 19 de noviembre, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Oviedo» (Auto 226/2020 en adelante). El paciente del presente caso, de 94 años, acude a urgencias por un cuadro de 5 días de fiebre y tos y sin contacto estrecho con ningún positivo en Covid. El paciente tenía múltiples patologías previas y necesitaba cuidados permanentes. Después de hacerle algunas analíticas, sospechan que se trata de un posible caso de SARS-COV-2. Dada la dificultad de asegurar un correcto aislamiento domiciliario -un confinamiento-, se decide ingresarlo. El paciente se niega a ingresar, pero el 19 de noviembre de 2020 se dicta un Auto que autoriza el internamiento voluntario, pero se deniega la posibilidad de realizar un tratamiento en contra de la voluntad del paciente.

El argumento de la ratificación se fundamenta, principalmente, en la protección de la salud pública. Es un caso evidente de colisión entre la protección de la salud pública versus el consentimiento del paciente, hecho que implica una ponderación necesaria de derechos.

En este caso, se invoca el artículo 9.2 de la Ley 41/2002, el cual declara que los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente sin su consentimiento. Añade, además, que la persona afectada, aunque tenga 94 años y sea dependiente leve por las actividades de la vida diaria, está en sus plenas facultades mentales.

El argumento procede afirmando que el ingreso hospitalario resultaría ser la mejor opción porque, si el confinamiento fuese domiciliario, podría

contagiar a su esposa y también a su nieta, en el supuesto de que fuese al domicilio de esta última.

No sólo se vulnera la libertad personal, sino también la libertad de circulación, aunque la idea principal es que, dadas las circunstancias, el paciente debe ser ingresado por la situación de pandemia presente y el riesgo que conllevaría si el confinamiento fuera domiciliario, por lo que la decisión es idónea.

La medida también es necesaria porque, con esta, por una parte, se pretende evitar el contagio de otras personas y, por otra, la persona es dependiente -aunque es una dependencia leve-, por lo que necesita la ayuda de terceras personas y en este momento no puede depender de su familia, por lo que también conviene que quede ingresado para que pueda recibir una atención adecuada.

En el momento de evaluar la ponderación entre derechos, priorizan la salud pública frente al sacrificio que esta medida le podría suponer. Parece ser que la medida, también cumple con la proporcionalidad y se tienen en cuenta otros elementos como son la situación epidemiológica, las circunstancias particulares del caso en concreto, el territorio, etc.

Sin embargo, la autorización da un giro inesperado cuando se tiene en cuenta la voluntad del paciente de no recibir tratamiento médico. Determina que éste quedará ingresado, aislado para evitar contagios, pero como es plenamente consciente de sus facultades, pese a su edad, no le es impedimento para no poder decidir libremente.

Existe un debate muy interesante sobre cuáles serían los límites a la autonomía del paciente, y aún parece ser más sugerente ante una situación de emergencia sanitaria, donde, a lo mejor, puede existir la duda de si una persona debería o no decidir libremente sobre su salud. El límite, pues, son las facultades mentales. Como apunte, existe una nota clínica⁴⁰, donde, sobre este caso, añaden que se había considerado que se daban los presupuestos vigentes en las leyes y se había autorizado el ingreso porque la medida había sido proporcional.

Este supuesto es particular porque, como sostiene el mismo artículo «*el internamiento está justificado por razones de salud pública, pero no así el tratamiento*» (Gutiérrez Rodríguez et al., 2021). De hecho, la misma Ley 41/2002 deja bien claro que el paciente tiene derecho a rechazar un tratamiento, y

así también lo interpreta el Tribunal Constitucional, aunque ponga su vida en riesgo⁴¹, aludiendo al consentimiento libre y voluntario. Aunque es una discusión que puede generar controversia porque se trata de una persona mayor, no podemos olvidar que la interposición de esta medida se fundamenta exclusivamente en proteger la salud de la población y, si el paciente rechaza el tratamiento médico, la medida seguirá siendo proporcional, siempre que sea la de internamiento forzoso.

3.3. El derecho a la intimidad y los tratamientos médicos

El derecho a la intimidad, regulado en el artículo 18 de la CE, hace referencia a la interioridad y privacidad de una persona. Es un derecho reconocido por los Derechos humanos tanto a nivel nacional como internacional. Es importante delimitar el contenido del derecho a la intimidad, el cual se considera que está constituido por «*la intimidad corporal, enfermedades, sexualidad, relaciones familiares, vida doméstica y muerte*» (Martín Sánchez, 2018).

Además, el Tribunal Constitucional señala que este derecho contempla el resguardo del conocimiento de terceras personas sobre la información íntima de una persona. De aquí se interpreta que «*el derecho a la intimidad garantiza el secreto de nuestra esfera de vida personal y, por tanto, veta que sean terceros, particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada*»⁴² (Poquet Catala, 2021).

La intimidad, a su vez, engloba tres tipos de intimidad: la física, la decisoria y la de la información. Únicamente nos interesan las dos primeras, porque no trataremos la protección de datos. La intimidad física se refiere a la intimidad personal, es decir, la toma de decisiones, tocamientos, indagaciones, etc., sobre el cuerpo humano en contra de la voluntad de una persona, mientras que la decisoria es la capacidad que tiene un particular para tomar sus propias decisiones y actuar sin interferencias de terceras personas, por lo tanto, es el control de los aspectos íntimos de la identidad personal.

Al igual que el resto de derechos, la intimidad no es un derecho absoluto, sino que puede verse restringido cuando concurren las causas previstas por esta limitación. Cuando exista «*la necesaria justificación y esta limitación se lleve a cabo en circunstancias adecuadas y proporcionadas*» (Martín Sánchez, 2018), este derecho podrá ser restringido.

40 (Véase GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, José, VALLE CALONGE, Elena, DÍAZ GARCÍA, Elena, y GALLEGO RIESTRA, Sergio: "Coronavirus disease 2019 (Covid-19): internamiento involuntario sí, tratamiento obligatorio no", Revista Española de Geriátría y Gerontología, 2021).

41 Extraído de «STC 37/2011, de 28 de marzo».

42 Doctrina del Tribunal Constitucional en materia del Derecho a la intimidad. (Véase «Sentencia 83/2002, de 22 de abril»).

Así pues, debe someterse al juicio de proporcionalidad que será entre el derecho perjudicado y la situación o el contexto en que se encuentra la persona a la que se le impone la medida. Aunque el derecho puede verse limitado, su contenido esencial debe mantenerse intacto. Además, la «Sentencia 197/1991, de 17 de octubre», sostiene que el criterio fundamental para determinar «*la legitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas es la relevancia pública del derecho divulgado*», es decir, el elemento que puede perjudicar el derecho a la intimidad es exponer públicamente todo lo incluido en la esfera íntima de este derecho.

3.3.1. Los tratamientos médicos como medida restrictiva del derecho a la intimidad

Tanto si la situación es ordinaria como excepcional, el paciente se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad y, en consecuencia, el límite lo constituirá su dignidad humana. Por consiguiente, uno de los requisitos clave en la intimidad, y entre ella, las intimidades físicas y decisorias, es la autonomía del paciente. Según la Ley 41/2002, es necesario el consentimiento libre y voluntario del afectado para que se le pueda aplicar un tratamiento médico. El paciente dará su aprobación una vez recibida toda la información acerca de su salud. Para considerar válida esta afirmación, debería «*constituir en una manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca*» (Poquet Catala, 2021).

El sacrificio de la autonomía de la voluntad depende del contexto en el que se encuentre el paciente. Por lo tanto, «*salvo que la intromisión esté fundamentada en una previsión legal*» (Poquet Catala, 2021) «*que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz*»⁴³ que autorice la vulneración, el derecho a la intimidad no puede verse restringido. La consecuencia es que «*no se puede ir más allá de lo estrictamente imprescindible en la exploración [...] para elaborar un diagnóstico correcto*» (Romeo Casabona & Castellano Arroyo, 1993).

Si trasladamos la situación en el marco de una emergencia sanitaria, ¿cuál es el papel de los tratamientos médicos? Y lo más importante, ¿cómo deben ser este tipo de medidas para considerarse proporcionales? Si seguimos el esquema, debe existir un marco legal habilitado para autorizarlo. Al igual

que el derecho a la libertad de circulación y el derecho a la libertad personal, el derecho a la intimidad también puede verse limitado si aparece una situación excepcional. En caso de Estado de alarma o Estado de emergencia, existe exactamente la misma cobertura legal.

Por un lado, el artículo 3 de la LOMESP va dirigido a «*adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos [...], así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible*». El artículo 2 de la misma ley reconoce que las autoridades competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización y control, en los casos en que se observe un peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria de una persona o un grupo de personas concretas. Si aquí añadimos el ímpetu que tiene el artículo 8.6 de la LJCA, podemos verificar que existe cobertura legal suficiente para poder limitar el derecho a la intimidad.

Sin embargo, al igual que ocurría con la libertad personal, el derecho a la intimidad puede generar desavenencias con la autonomía del paciente. El Auto 226/2020 es un ejemplo de caso en el que se autorizó la medida de ingreso hospitalario, pero no la medida de tratamiento médico -y, en definitiva, priorizó la voluntad del paciente-. La regla general es que, en una situación habitual, prevalecería en última instancia la voluntad del paciente, siempre que esté plenamente lúcido.

No obstante, aunque es cierto que la regla general queda limitada por el interés en la protección de la salud del paciente⁴⁴, e implica que su voluntad debe ser respetada, el artículo 9 de la Ley 41/2002, en su apartado 2, dice lo siguiente:

«*Cuando existe riesgo para la salud pública debido a razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con el establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas*».

Atendiendo a este artículo, pero también a lo que expone el artículo 2.4 - «*todo paciente tiene derecho a negarse a un tratamiento, salvo en casos determinados por la ley*»- esta excepción lleva directamente a la LOMESP, de forma que, frente a

43 Fragmento extraído del texto de POQUET CATALA, Raquel: "Vigilancia de la salud, Derecho a la intimidad y Covid-19", Lan Harremanak-Revista de Relaciones Laborales, (44), 2021. Más concretamente, hace referencia a las «Sentencias 57/1994, de 28 de febrero; 143/1994, de 9 de mayo y 98/2000, de 10 de abril».

44 El artículo 2.4 de la Ley 41/2002 establece que «*todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento*». Sin embargo, a continuación, este artículo matiza lo siguiente: «*salvo en los casos determinados por la Ley*».

un paciente que rechaza un tratamiento, poniendo en riesgo la salud de terceros, los profesionales sanitarios están obligados a informar a la autoridad sanitaria, la cual podrá acordar un tratamiento o un ingreso en particular.

El ya aludido Auto 226/2020 sobre internamientos forzados es proporcional si únicamente nos referimos a la medida de internamiento forzoso. Pero, si se hubiera examinado desde la perspectiva del tratamiento médico, no habría sido así porque supondría poner en peligro no sólo al paciente, sino que no se hubiese tenido en cuenta la protección de la salud colectiva y cualquier descuido no sólo provocaría que la medida no fuese proporcional, sino también peligrosa.

3.3.2. Las vacunas: ¿tratamiento voluntario o forzoso?

Uno de los tratamientos médicos más comunes que se podrían aplicar en una situación de emergencia sanitaria -por ejemplo, en supuestos de propagación de enfermedades- probablemente sería la vacuna. Las vacunas son consideradas como la «técnica preventiva por excelencia de cara a proteger la salud de la población» (Cierco Seira, 2005).⁴⁵

La utilización de la vacuna como una técnica limitativa de derechos y, por tanto, de tipo ablativa, podría quedar al amparo de alguna normativa. Por una parte, tenemos la LOMESP, que, como ya se ha incidido, sus artículos 2 y 3 reconocen la posibilidad de establecer tratamientos médicos cuando sean necesarios, así como acciones preventivas. La vacuna se debería considerar una técnica de acción preventiva porque su función es precisamente evitar contraer una enfermedad o, en caso de que se coja,

45 Según la perspectiva científica, la vacuna se define como una especie de preparación con «la intención de inmunizar a un individuo ante la aparición de una concreta enfermedad». Hay dos tipos de vacunas: las atenuadas, «que son la versión debilitada del patógeno o agente que produce la enfermedad», y las inactivas, la versión muerta de este patrón. Por lo tanto, lo que hacen realmente es engañar al sistema inmunológico de nuestro organismo, haciéndole pensar que está siendo atacado por un agente infeccioso, obligándole así a defenderse. Siguiendo en la línea de lo que subraya Cierco Seira, se pretende que el sujeto vacunado pueda vencer la infección mediante una respuesta defensiva de su propio sistema inmunitario, produciendo anticuerpos específicos contra el agente infeccioso. Sin embargo, la vacuna también tiene sus riesgos, ya que puede generar efectos adversos a aquellas personas que tienen un sistema inmunitario débil, o en aquellas vacunas donde se utilizan virus debilitados. En estos casos, puede producirse un giro y que vuelvan a adquirir virulencia, provocando así una infección real. También se pueden producir alergias, entre otros. Estos factores han impulsado que se exija más control respecto a su seguridad y eficacia. (Véase CIERCO SEIRA, César: “Epidemias y derecho administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población”, DS: Derecho y salud, Vol. 13, Núm. 2, 2005, pp. 211-256).

sus efectos y poder combatir, por tanto, tendría cobertura legal sin tipo de problema.

Sin embargo, surgen dos ideas a considerar y es que, por un lado, como tratamiento médico que es, incide en la posible vulneración de derechos fundamentales, como podría ser la intimidad, la integridad física, entre otros. Y por otra, la administración de una vacuna en el cuerpo de una persona es voluntaria, por lo tanto, las vacunas requieren el consentimiento de una persona. Así pues, otro concepto a retener es la voluntariedad del paciente. Y no podemos omitir que la vacuna es una técnica ordinaria de prevención con funciones de recomendación.

Actualmente han aparecido una serie de vacunas obligatorias, que son las que forman parte «de un programa público de inmunización del conjunto de la población» (Cierco Seira, 2005). Así pues, las vacunas se pueden dividir entre las recomendadas y las que podrían ser obligatorias.

(Cierco Seira, 2005) sostiene que el fundamento que establece la obligatoriedad de unas determinadas vacunas lo encontramos en la base cuarta de la «Ley de 25 de noviembre de 1944, de Bases de Sanidad Nacional de 1944» donde en su párrafo sexto manifiesta:

*«Las vacunaciones contra la viruela y la difteria y contra las infecciones tíficas y paratíficas, podrán ser declaradas obligatorias por el Gobierno cuando, por la existencia de casos repetidos de estas enfermedades o por el estado epidémico del momento o previsible, se juzgue conveniente. En todas las demás infecciones en que existan medios de vacunación de reconocida eficacia total o parcial y en que esta no constituya peligro alguno, podrán ser recomendadas y, en su caso, impuestos por las autoridades sanitarias».*⁴⁶

Esta base establece que algunas vacunas serán obligatorias y otras, preventivas.⁴⁷ Pero, en definiti-

46 La base cuarta de la «Ley de Bases de Sanidad Nacional de 1944» fue modificada por una norma antigua, la «Ley 22/1980 de 24 de abril».

47 Desde el año 1721, en que se creó una política sanitaria organizada con la aparición del sistema de juntas de sanidad, lo que solía preocupar muchísimo eran las enfermedades de carácter epidémico. Por esto en ese tipo de casos se reclamaba una política de conjunto. Sin embargo, la situación a día de hoy ha cambiado, y así lo explicó Salamero Teixidó en la jornada “Bioética y Pandemia”, donde afirmó que el derecho de la salud pública se conjuga con la vertiente del derecho asistencial, y que es una parte que se ha desarrollado de forma muy pobre, porque actualmente el derecho está preparado para regular cuestiones que atienden al tratamiento asistencial, y, por lo tanto, a una visión individualista de la salud. (Véase SALAMERO TEIXIDÓ, Laura: “Limitación de los derechos individuales en la pandemia como la movilidad o la privacidad”, Ponencia presentada en las

va, las vacunas sí cuentan con un sostén legal para hacerlas efectivas, tanto en situaciones excepcionales, que sería la LOMESP, como ordinarias, que sería la «Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud».

3.3.2.1. La problemática de la vacuna obligatoria en crisis sanitarias

¿Qué ocurre en una situación excepcional de emergencia sanitaria? ¿La vacuna debería ser obligatoria o recomendada? ¿Cómo afecta esta situación a la voluntad libre del sujeto?

En relación a la primera cuestión, deberíamos evaluar las características fundamentales de una situación de emergencia sanitaria, la cual es excepcional, y responde a una sola finalidad: la protección de la salud colectiva, por lo tanto, del conjunto de los ciudadanos, y no de un sujeto en particular.

La segunda de las cuestiones gira en torno a los dos tipos de vacunas que existen y cuál es el tipo de emergencia sanitaria que se está confrontando: si es una emergencia del sistema sanitario, si es un problema de una enfermedad muy contagiosa, etc. En función de la evaluación de estas características, entra en juego la tercera cuestión.

La tercera es que, si llegamos a un resultado que provoca que la vacuna sea obligatoria, ¿cómo afectará esta al consentimiento de la persona, si este principio debe ser claro, libre y voluntario? En este último caso, pueden producirse dos situaciones:

- a) El caso en que el sujeto se niega a vacunarse. Si una persona se opone a ponerse una vacuna, sólo podrá imponerse a la fuerza mediante una autorización judicial. Efectivamente, puede dar lugar a una colisión entre derechos y, dentro de éste, el más afectado probablemente será la integridad física de la persona.

Un ejemplo es el caso de las vacunas en centros escolares, que es un lugar donde puede darse esta situación, es decir, un alumno que se niegue a vacunarse o incluso los padres se opongan a ello. Es cierto que no vacunarse de una determinada enfermedad no tiene por qué significar un peligro para la salud pública de la colectividad escolar, porque existen otras alternativas igual de eficaces y que no perjudican a la salud del menor.

Sin embargo, si trasladáramos la situación en un caso excepcional, de emergencia sanitaria donde una enfermedad nueva, muy contagiosa, se repartiera por todo un centro escolar, ¿estos mismos argumentos serían válidos? La vacunación escolar en este término ¿estaría plenamente justificada? Aquí ¿entraría en juego la protección de la salud pública de todos los menores o sólo la del menor que no ha aceptado vacunarse?⁴⁸

- b) Hay una segunda idea que gira entorno a qué ocurriría si la vacuna generara lesiones o efectos secundarios a la persona a la que se le administra. Pero, además, podemos plantear otra cuestión al respecto, y es que, ¿qué pasaría si esta vacuna que genera unas consecuencias negativas para la persona ha sido vacunada obligatoriamente? Ante situaciones así en otros países se ha diseñado un sistema de responsabilidad del Estado.⁴⁹ En el caso español, se deberá atender al sistema de responsabilidad patrimonial previsto en el artículo 106.2 de la CE y el que establezcan la LPAC y la LRJSP.

Efectivamente, las actuaciones médicas pueden implicar una vulneración de derechos como pueden ser la integridad física y personal del artículo 15 de la CE. De hecho, existen garantías de que se imponen a aquellas intervenciones médicas que afecten

48 La afirmación, extraída del ejemplo del menor que puso César Cierco en su artículo: «Epidemias y Derecho Administrativo», es una idea de la que discrepo, aunque no en su totalidad, dado que, en una situación excepcional donde el bien jurídico a proteger es la salud pública, y que esta situación excepcional puede ser fruto por ejemplo, de una pandemia, pueden entrar muchos elementos en juego que determinarán -además de valorar de forma lo más idónea posible la ponderación-, cuáles son los derechos que se deben sacrificar en beneficio de otros. En una situación donde se puede producir la muerte de muchas personas, entre ellas menores, posiblemente evitar la vacunación escolar no estaría del todo justificada, puesto que no sólo se pondría en riesgo la salud pública, sino también la individual, que, a su vez, entraría en conflicto con el derecho a la vida previsto en el artículo de la 16 CE. Además, se añade otro problema: elementos como el interés del menor, la patria potestad, las posibles objeciones de conciencia que pueden surgir, etc., podrían colisionar con otros factores como la necesaria escolarización, ya que, aunque un menor no se quiera vacunar o sus padres no acepten, están obligados a que el menor esté matriculado en un centro escolar. En casos así, se debería plantear alguna alternativa como, por ejemplo, la modalidad de clase en línea.

49 Siguiendo con lo que muestra Cierco Seira, «no es preciso demostrar la existencia de un funcionamiento anormal por parte de los servicios médicos públicos, sino que bastará con que se constate una lesión y se demuestre la conexión de ésta con la vacuna obligatoria para hacer nacer el derecho a obtener un rescimiento por parte de la administración». (Véase CIERCO SEIRA, César: «Administración Pública y salud colectiva: El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y Otros Riesgos sanitarios», Biblioteca de Derecho y ciencias de la vida, 2006: p. 235).

esta integridad.⁵⁰ Como ya se ha expuesto, la vacunación obligatoria colisiona con la voluntariedad del paciente.

El «Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina»⁵¹ establece en su artículo 5 que una persona solo podrá ser intervenida cuando reciba previamente toda la información adecuada respecto a la «*finalidad y naturaleza de su intervención, así como de las consecuencias y riesgos*». En el «Convenio Europeo de Derechos Humanos» no existe nada específico referente a la protección de la integridad física y moral.

Con todo lo expuesto podemos concluir que el consentimiento del paciente es clave a la hora de establecer una intervención y que, cuando no es consentida, no se puede ver injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. El conflicto surge cuando lo que está en juego no es una enfermedad en el ámbito personal, sino cuando se expande el término “salud pública” y, por tanto, pasa de individual a colectivo, y a ser un peligro para la población.

Ya sabemos que la LOMESP reconoce la posibilidad de adoptar medidas en situaciones de emergencia sanitaria o de peligro y que el órgano jurisdiccional competente sería el contencioso-administrativo, en virtud del artículo 8.6 de la LJCA. Pero este hecho no implica que la persona pierda su autonomía totalmente: sigue teniendo derecho a recibir la información pertinente, a entender las consecuencias, los efectos para, en definitiva, poder decidir libremente.⁵²

El debate existente entre la autonomía de la voluntad y la imposición de tratamientos médicos, donde, de forma inevitable, se pondera la salud y los derechos individuales versus la salud colectiva, es problemático. Hay autores, como José Miguel

50 Estas garantías están reguladas en la «Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea», donde en su artículo 3 reconoce «*el derecho de toda persona a la integridad física y psíquica, obligando a respetar, en el marco de la medicina y la biología «el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas por la ley (apartado 2. a)»*».

51 Se trata de un Convenio hecho en Oviedo en 1997 y ratificado por España en 1999. Su objetivo es impedir el abuso del desarrollo tecnológico que afecte la biomedicina, los derechos humanos y la dignidad del ser humano. El Consejo de Europa adoptó cuatro protocolos adicionales dentro del Convenio para desarrollar de manera más profunda algunos elementos del Convenio.

52 Estamos hablando del supuesto en que el paciente pueda decidir por sí mismo. En caso de que no sea así, es necesaria la existencia de un representante autorizado por la ley para actuar en su nombre. Cuando sea menor, los representantes legales serán los padres.

Jiménez París, que defienden que, si no existe un riesgo inmediato, prevalecerá el derecho a la libertad personal, acentuando que la persona que se niegue al tratamiento deberá atender a las consecuencias de su decisión. Prioriza, por tanto, la dignidad de la persona y la libertad individual. Es un debate donde hay muchas cuestiones éticas y morales y donde el papel del derecho puede no dar una solución válida a todas ellas.

El problema es que no hay una cláusula de obligatoriedad, aunque se reconozca que tienen un papel fundamental en el marco de las epidemias y emergencias sanitarias. La «Ley 22/1980, de 24 de abril», que es la modificación del apartado seis de la base IV de la «Ley de bases de Sanidad Nacional», «*contempla un doble supuesto de obligatoriedad de la vacuna: el de epidemias y el de las vacunaciones sistemáticas*» (Teresa López López et al., 2016). En esta última, la norma se muestra menos clara en la posibilidad de imponerlas de forma obligatoria.

La Ley General de Salud Pública no menciona nada respecto a la obligatoriedad de las vacunas con carácter general y de igual modo, tampoco se pronuncia sobre las vacunas obligatorias a menores y profesionales sanitarios. Así pues, esta no-regulación de la obligatoriedad de las vacunas y la posibilidad de que algunas sean voluntarias, entra en conflicto con la autonomía del paciente y la limitación de los derechos fundamentales.

3.3.2.2. Requisitos para la posible adopción de una medida obligatoria de vacunación

La vacuna obligatoria tiene dos excepciones: los motivos médicos -alergias, problemas del sistema inmunitario- y la objeción de conciencia -razones religiosas-. Sin embargo, la ausencia de obligatoriedad no significa que no se puedan adoptar medidas ablatorias de vacunación, porque la normativa española sí dispone de mecanismos suficientes para adoptar esta decisión.

En primer lugar, se debe tener presente que aplicar una medida a un ciudadano de forma obligatoria y en una situación excepcional implicará, con carácter general, el perjuicio o limitación de algún derecho fundamental. Por eso es necesario que esta medida cumpla con los requisitos de proporcionalidad, necesidad e idoneidad, y se pueda llevar a cabo gracias a una autorización judicial.

En la continuación del artículo 9 de la Ley 41/2002, como ya habíamos explicado a los tratamientos médicos en general, se establece una excepción para declarar obligatorio un tratamiento médico, que es la salud pública. Habría un régimen

que permitiera adoptar una medida de vacunación forzosa con el fin de salvaguardar la salud colectiva y también la situación de urgencia y necesidad. Podría ser, por ejemplo, el caso de una epidemia, evitar que se expanda o limitar sus efectos catastróficos.

«Así pues, se debería distinguir entre los supuestos de vacunación obligatoria para presencia de una epidemia, es decir, de un riesgo concreto para la salud pública, los supuestos en los que la vacuna es para evitar, precisamente, el riesgo potencial de epidemia» (Teresa López López et al., 2016). El problema es que dependerá de la interpretación porque, si se tiene en cuenta la regulación de vacunación obligatoria en el ordenamiento jurídico español, en principio existen dos posibles interpretaciones, pero la medida de vacuna obligatoria, sólo sería en caso de epidemias.

Del caso de las emergencias en derivaría una interpretación más flexible que incorporaría otros supuestos más amplios, «bajo el concepto jurídico indeterminado de urgencia o necesidad sanitaria» (Teresa López López et al., 2016). Pero hay que tener en cuenta que, como expresa el artículo del Comité de Bioética de España, en un caso como el presente -que son medidas que limitan derechos fundamentales-, la interpretación que se haga no puede ser flexible, y mucho menos cuando concierna a un interés colectivo de la relevancia constitucional de la salud colectiva.

El elemento que debe valorarse más es cuando el riesgo (que debería ser total y no mínimo) afecta a terceras personas -más que el riesgo que pudiera tener si fuera ante una persona-. En el segundo caso, es diferente, pero en el primer caso sí se podrían «aceptar decisiones públicas de vacunación obligatoria» (Teresa López López et al., 2016). Pero en ambos casos, si no existe un riesgo efectivo para la salud, la única vía posible sería la del artículo 9.2 de la Ley 41/2002.

En definitiva, las vacunas en España se separarían en vacunas obligatorias y voluntarias. Pero este término “obligatorio” solo puede ser efectivo en supuestos excepcionales, como, por ejemplo, epidemias, o conceptos mucho más amplios, como podrían ser crisis de salud pública, brotes, etc. Partiendo de la base de que existen mecanismos legales para establecer las vacunas como obligatorias, sólo podrán hacerse en este tipo de casos, por lo tanto, será necesaria la justificación de una situación extraordinaria y que, a su vez, exceptúe el principio general de la autonomía del paciente.

4. EL CONTROL JUDICIAL DE LAS MEDIDAS. LA AUTORIZACIÓN Y RATIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS LIMITATIVAS DE DERECHOS EN SITUACIONES DE SALUD PÚBLICA

La última parte de este trabajo es la relativa a la autorización o ratificación de medidas limitativas de derechos en situaciones de emergencia sanitaria. En este apartado vamos a evaluar de forma breve su marco normativo y haremos una referencia a su funcionamiento y problemática que surge con estas, que últimamente ha alcanzado mucha relevancia tanto por el numeroso número de decisiones judiciales como para seguir criterios diversos e incluso, contradictorios.

En principio, para autorizar una medida limitativa de derechos, aparte de las exigencias formales relacionadas con la competencia, las medidas deben ser idóneas, necesarias y proporcionales. No obstante, puede ocurrir que una medida no se acepte precisamente porque no cumple con los requisitos del juicio de proporcionalidad o bien sea aprobada, pero parcialmente.

4.1. El marco normativo: el artículo 8.6 de la LJCA y las carencias del procedimiento

En este apartado me centraré en las funciones de control de los jueces de lo Contencioso Administrativo y no de las salas de los Tribunales Superiores de Justicia. La autorización o ratificación de medidas puede entenderse de dos formas:

- a) Como un elemento que se solicita en «relación con el acto administrativo dirigido a la tutela de la salud pública que restrinja el derecho o libertad fundamental».
- b) Que esta sólo se exija «cuando, en el momento de ejecución de la medida de salud pública, exista oposición por parte del interesado» (Villagomez, 2020).

El primer elemento a considerar es quién tiene la competencia para autorizar medidas limitativas de derechos en situaciones de emergencia sanitaria. El artículo 8.6 de la LJCA lo recoge en su segundo apartado:

«Asimismo, corresponderá los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias consideran urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen

*limitaciones o restricciones de derechos fundamentales cuando dichas medidas estén plasmadas en actos administrativos singulares que afecten únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada».*⁵³

Por lo tanto, son los juzgados de lo Contencioso-Administrativo los encargados de adoptar estas medidas y serán los juzgados del lugar donde se haya dictado la autorización o se haya producido el acto.⁵⁴

Además de la LJCA, el «Reglamento 1/2005, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones judiciales», expone que el servicio de guardia podrá sustituir las funciones de autorización reguladas en el artículo 8.6 de la LJCA y que esta intervención está prevista los días y horas inhábiles y también cuando se necesite una intervención judicial inmediata - haciendo referencia, una vez más, a ese carácter urgente -.

El artículo 8.6 debe ponerse en común con toda la normativa de salud pública y de excepción mencionada en la primera parte de este trabajo. Son las normas que confirmarían el ajuste legal de *«la acción de tutela de la salud pública en el marco nacional; además, claro, de la normativa autonómica que se haya podido dictar en su desarrollo y algunas normas sectoriales que se puedan sumar»* (Salamero Teixidó, 2020b). Lamentablemente y, como bien sabemos, el marco normativo de salud pública y de excepción también presenta deficiencias y vacíos normativos en esta materia.⁵⁵

53 El párrafo segundo de este artículo es fruto de la adición realizada por la disposición final 14.^a de la «Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil». El contexto en el que encaja conceptualmente es el de la legislación en materia de salud pública y, más específicamente, en el marco de regulación de las situaciones de necesidad y urgencia como epidemias, catástrofes naturales, etc., que puedan poner en peligro la salud colectiva. Así lo desarrolla SALAMERO TEIXIDÓ, Laura en el libro: “Retos del Derecho a la salud y de la Salud Pública en el Siglo XXI”, 2020, p.309).

54 Para determinar la competencia territorial, también se debe tener en cuenta el artículo 14 de la presente Ley, aunque los supuestos del artículo 14 no suponen ningún problema, ya que no encajarían con las medidas sanitarias previstas en el artículo 8.6 de la «Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa» (LJCA).

55 Aquí se incorpora toda la normativa sanitaria, entre ella la LGS, LOMESP, LGSP, pero también podríamos añadir la Ley 41/2002 (LAP) - donde también ha sido polémico el asunto de las altas forzosas, reguladas en su artículo 21.2 -, porque tanto ésta como la LJCA son las que intentan dar una respuesta a las deficiencias que presentan las normativas sanitarias pilares en materia de salud pública. Esto es porque la obligación de intervención judicial no está en *«muchas de las normas que prescriben medidas sanitarias con clara repercusión en los derechos fundamentales de la persona»*. (Véase CIERCO SEIRA, César: “Administración Pública y salud colectiva: El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y Otros Riesgos

Si examinamos el artículo 8.6, podemos localizar una primera idea, que es la urgencia y la necesidad. Es cierto que son medidas que quedarán sometidas a la legislación sanitaria, pero estas se aplicarán en situaciones urgentes y de necesidad y siempre y cuando el problema sea de salud pública.

Obviamente el concepto “salud pública” resulta ser un poco abstracto, dado que puede englobar otro tipo de emergencias como por ejemplo pandemias, catástrofes, etc. Si se interpreta de esta forma, las medidas serían perfectamente aplicables, porque la emergencia quedaría amparada íntegramente dentro de este concepto.

En cuanto a la limitación de derechos fundamentales, sabemos que estos pueden quedar suspendidos o restringidos, pero tienen que concurrir una serie de circunstancias y una de ellas es la excepcionalidad, puesto que estamos ante medidas a las que se acude ante una situación de urgencia y necesidad y, en el caso de no ser aprobadas, pueden poner en peligro la salud colectiva. De aquí se deriva, además, una exigencia, que es la de intervención pública, la cual debe ser imperativa e inmediata para poder cumplir con el fin de proteger este bien jurídico de carácter colectivo.⁵⁶

Es importante esta anotación porque hay medidas dirigidas a la protección de la salud pública que no necesariamente precisan de intervención judicial. Además, es la misma urgencia la que justifica esta autorización previa, o también, la ratificación posterior de la medida, elemento que, a su vez, permite diferenciarlas de otros tipos de autorizaciones donde también puede intervenir la jurisdicción contencioso-administrativa. Los derechos fundamentales quedan amparados por esta intervención judicial y su finalidad reside en ponderar los derechos que están en juego y proporcionar soluciones a aquellas situaciones donde es difícil determinar los derechos que son tutelados, porque pueden resultar complejas como consecuencia de las ambigüedades presentes en la misma ley.

El artículo 8.6.2 de la LJCA muestra que hay dos modalidades posibles en las que se puede expresar el juez: a través de una autorización, que

sanitarios”, *Biblioteca de Derecho y ciencias de la vida*, 2006).

56 Todas las medidas mencionadas podrían quedar perfectamente amparadas en esta idea. Sin embargo, y en la línea de lo que declara Salamero Teixidó, una de las medidas en las que podría ser más habitual esta actuación de urgencia es en los internamientos forzosos en una situación de epidemia o emergencia sanitaria. Y no necesariamente tiene que ser por enfermedades como la Covid-19, sino también por rebrotes de otras enfermedades como sarampión, tuberculosis, etc., enfermedades de carácter epidémico donde es necesaria una actuación urgente para tomar las medidas adecuadas.

será previa, o a partir de una ratificación, que será posterior a la adopción de la medida. Sin embargo, existe una falta de indicación sobre cuál debe ser el procedimiento a seguir, por lo que debe tomarse en consideración ese vacío legal porque no especifica cuál es el procedimiento o tramitación que debe ejecutarse para obtener esa autorización o ratificación.

Ante esta laguna jurídica, la solución preferente es aplicar por analogía el artículo 763 de la «Ley de Enjuiciamiento Civil» (LEC a partir de ahora) que contempla el procedimiento de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. Se han utilizado las características principales de este proceso como respuesta al vacío legal, tratándolo como una especie de “parche” a un problema visible.

El problema del proceso por internamiento psíquico es, precisamente, su finalidad: es un procedimiento destinado a una persona que debe ser internada porque puede poner en peligro a las personas que están a su alrededor; se trata de una persona que está enferma mentalmente y no tiene conciencia real sobre la situación que está viviendo, por lo que no entenderá tampoco cuáles son las consecuencias de su ingreso, por lo tanto, tiene falta de capacidad para decidir sobre sí misma.

De forma breve el proceso a seguir en el artículo 763 LEC es el siguiente:

- a) Debe practicarse una exploración al enfermo, por lo tanto, es necesario el dictamen de un facultativo asegurando que esta persona está realmente enferma. Asimismo, la persona afectada tiene derecho a una defensa adecuada, por lo que existe la necesidad de dar audiencia al interesado y a todas las personas que él solicite.
- b) Si se acuerda la medida de internamiento - recordemos que estamos ante un proceso de adopción de una medida de internamiento forzoso - el juez «mantendrá su posición de garante de la libertad de la persona y deberá ser informado periódicamente o al menos cada seis meses sobre la evolución del estado de salud y sobre la conveniencia de mantener la medida» (Cierco Seira, 2006).

Aunque este es el procedimiento que se suele considerar válido, no es un método que considere adecuado. Si bien es cierto que puede ser correcto aplicarlo análogamente en situaciones de internamiento forzoso por razones de emergencia sanitaria, sólo podría compartirse por la idea de peligro que puede suponer que el sujeto no esté internado, pero es una medida que se adopta más bien para proteger

al enfermo a consecuencia de su falta de capacidad para decidir. No es un procedimiento apropiado para otros tipos de medidas (ni en carácter general ni concretas), como, por ejemplo, las relativas a la libertad de circulación. Se trata de un problema de gran magnitud, porque la LJCA guarda silencio sobre este tema en el que queda una brecha difícil de resolver.

Resulta evidente, pues, lo complicado que es encajar la autorización o ratificación judicial dentro del margen de una situación de emergencia sanitaria por la ausencia de procedimiento. No obstante, a consecuencia de la crisis del Coronavirus, se ha adoptado la «Ley 3/2020, de 18 de septiembre», que ha intentado resolver este sistema de control judicial, haciéndolo un poco más coherente que el previsto en la LJCA. Aunque a criterio personal, es un error, porque lo necesario sería crear un procedimiento con carácter general para la LJCA previsto para una emergencia sanitaria, en lugar de crear otra ley con una ampliación del procedimiento que existe con unas meras incorporaciones algo más detalladas.⁵⁷

4.2. El papel interventor del juez

El órgano judicial como órgano interventor, será quien valore la ponderación entre derechos fundamentales o no fundamentales frente la salud pública. Desafortunadamente, la regla general es que suele haber una ponderación a favor de la salud pública - «salus publica suprema lex esto» -. Ahora bien, resulta primordial que este juez haga un estudio correcto y proporcional de las medidas.

Este examen exigirá cuatro elementos principales:

- a) El titular de los derechos perjudicados debe ser conocido por el juez en el sentido de que no puede ser una persona desconocida o ambigua o que sea difícil identificarla.⁵⁸

⁵⁷ Un ejemplo de la deficiencia de la normativa de la LJCA y de sus vacíos legales es el caso que se produjo en Madrid durante la pandemia del coronavirus: hubo una falta de ratificación judicial de las medidas que limitaban la entrada y salida de los municipios de Madrid. Esta situación provocó que se tuviera que declarar un nuevo estado de alarma, pero en el territorio de la Comunidad Autónoma de Madrid. Fue una solución puntual y exclusiva, por tanto, una alternativa dada la decisión de la intervención judicial. Así es como se adoptó el «Real Decreto 900/2020, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por SARS-CoV-2». Tuvo una duración de 15 días.

⁵⁸ Si los destinatarios no están identificados individualmente, puede corresponder la competencia a las Salas de lo Contencioso-Administrativo, según el artículo 10.8 de la LJCA. Como curiosidad, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional es conocedora también de las medidas en los términos previstos en el artículo 11.1.i) de la LJCA.

- b) Se debe comprobar que, efectivamente, sus derechos han sido vulnerados y está en una posición debilitada.
- c) Debe haber un control adecuado de «*la apariencia de legalidad de la actuación administrativa*» (Salamero Teixidó, 2020b).
- d) Las medidas deben examinarse desde el punto de vista del principio de proporcionalidad.

En materia de autorizaciones y ratificaciones, el poder del juez aumenta, porque «*autoriza o ratifica la ejecución en sí y no un elemento instrumental de la misma*» (Salamero Teixidó, 2020b) como podría ocurrir con otros tipos de autorizaciones.

4.3. Las medidas ratificadas o autorizadas. Características

Como bien sabemos, el juicio de proporcionalidad comprende tres tipos de elementos para el estudio de una medida: que sea idónea, necesaria y finalmente, proporcional. Sin embargo, ante una situación de emergencia sanitaria, se valorarán otros elementos y principios porque estamos ante una situación que afecta a un conjunto de ciudadanos. Principios como el de precaución e igualdad, y criterios como, por ejemplo, el estado de la ciencia, la territorialidad, el límite a la dignidad humana (artículo 10 de la CE) entre otros, son ideas que deben añadirse en este análisis.

Los requisitos para poder aplicar el artículo 8.6 en una determinada medida son los siguientes:

- a) La medida debe estar destinada a la protección de la salud pública o colectiva.
- b) Debe adoptarse en un marco de urgencia y necesidad, como así se deriva de la interpretación del artículo 8.6 de la LJCA.
- c) La medida debe afectar a la libertad o a otro tipo de derecho fundamental (artículos 14 a 29). Es ya sabido que es válida en supuestos que afectan a derechos fundamentales, pero es explícito que también puede convertirse en una medida que limite la libertad, como en los internamientos forzosos.
- d) La medida debe estar debidamente motivada. La exigencia de motivación es importante, dado que estamos ante una situación donde debe justificarse de forma razonable porque se escoge un derecho en lugar de otro en la ponderación de los mismos. Por

lo tanto, se debe partir de una correcta argumentación.

- e) Además de esta motivación, también deben incorporarse cautelas que pueden ser objetivas, subjetivas y de carácter temporal y especial.

Estas medidas, además, deben estar sujetas a un control jurisdiccional en que la proporcionalidad alcanzará un papel muy relevante.⁵⁹ De hecho, las medidas de la Covid se han sometido un doble control para entender que deben tener cobertura legal, en definitiva, si pueden ejecutarse por parte de la autoridad competente para hacerlo en una situación de excepcionalidad sin ir a la normativa de excepción, la LOAES. Esto en relación al control de legalidad.

En cuanto a la argumentación, dentro de los criterios que pueden mejorar el razonamiento de los jueces sobre la proporcionalidad de las medidas, el que tiene más relevancia es el informe epidemiológico, que debería ser habitual presentarlo en situaciones donde la emergencia sanitaria sea fruto de una epidemia. Este sería un buen elemento para poder justificar la adopción de este tipo de medidas, en tanto que se trata de una situación epidemiológica que ha motivado su aparición.

Y, en definitiva, el control judicial que se desprenderá de esta proporcionalidad se extiende a cualquiera de las medidas sanitarias que emanen de la autoridad sanitaria competente, siempre que estén motivadas por esta urgencia y necesidad. Las disposiciones de carácter general quedarán excluidas del control judicial porque se entenderá que están sujetas a derecho y que obedecen al interés general.

En supuestos no urgentes estas medidas no tendrán cobertura legal. Cuando se trate de supuestos urgentes, el artículo 135 de la LJCA prevé que se pueda adoptar la medida sin oír a la parte contraria, pero, obviamente, debe concurrir una situación de urgencia.

⁵⁹ Aceptar ratificar o autorizar una medida tiene unas consecuencias jurídicas importantes respecto al alcance de su control porque adquieren valor y fuerza de ley y hace que puedan ser controladas directamente por el Tribunal Constitucional. En caso de que las adopten las Comunidades Autónomas - para que pueda ser posible, debe existir un régimen de cogobernanza y debe producirse en un estado de alarma declarado - hace que no estén subordinadas a la previa «*autorización o ratificación por parte del juez. Esto, sin embargo, no excluye el control jurisdiccional por los Tribunales ordinarios de los actos y disposiciones que se dicten en su aplicación durante la vigencia del Estado de alarma*». (Véase CANTERO MARTÍNEZ, Josefa: "Las intervenciones administrativas en los derechos fundamentales de las personas por motivos de salud pública", Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 210, 2021, pp. 79-124).

5. CONCLUSIONES

El objetivo de este trabajo era analizar dos ideas fundamentales que pueden plantearse en un supuesto de emergencia sanitaria: en primer lugar, cuál es la problemática que existe sobre las características de excepcionalidad propias de la normativa de salud pública y, en segundo lugar, examinar aquellas técnicas que podían repercutir en la valoración de la proporcionalidad de una medida adoptada en una situación excepcional, puesto que el resultado afectaba a los derechos de las personas y por ello, también es importante observar de qué forma utilizan los jueces estas técnicas.

El resultado de la investigación a través de las diversas fuentes jurisprudenciales y doctrinales consultadas es que hay múltiples elementos relevantes para examinar una medida de la forma más apropiada posible y que, actualmente, no parece que se tengan lo suficientemente en cuenta. Aunque, si bien es cierto que este parece ser un problema de carácter general, no es el único:

- a) El hecho de que se disponga de suficientes técnicas para hacer una medida mucho más justa y que no se utilicen para ello, influye en la proporcionalidad de esa medida. Este hecho rompe con el juicio de proporcionalidad, el cual resulta insuficiente para determinar la adecuación de estas medidas limitativas de derechos.

En una situación de emergencia sanitaria es imposible no emplear otros instrumentos para determinar si la adopción de medidas X ha sido correcta. Elementos como el estado de la ciencia, los límites a la dignidad humana, informes epidemiológicos - cuando la situación sea fruto de una pandemia -, avances médicos y farmacológicos, la autonomía del paciente, el territorio, el contexto, la posible confrontación con otros derechos, etc., son factores a considerar para hacer una evaluación correcta de una medida.

- b) La argumentación judicial es otro elemento relevante. Los juzgados de lo Contencioso-Administrativo son los encargados de autorizar o ratificar las medidas, pero previamente hacen un examen sobre si son proporcionales y también examinan la normativa de salud pública.

Sin embargo, las carencias que se observan en la argumentación de algunas decisiones judiciales, o directamente la no argumentación, puede provocar que una medida no

examinada se apruebe y no se haya evaluado de forma adecuada.

De hecho, el problema de la cláusula 8.6 de la LJCA es que permite una actuación muy discrecional a la Administración, la cual generará inseguridad jurídica porque no se sabe de forma anticipada qué es lo que se puede utilizar, sino que se sabrá cuando se produzca la situación excepcional.

La argumentación judicial juega un papel importante en la aprobación de una medida. Si la valoración es incorrecta, o hace excesiva referencia a la protección indiscutible de la salud pública por encima de cualquier otro derecho⁶⁰ -«*salus populi suprema lex esto*»-, puede hacer que la medida sea desproporcionada y genere cierta inseguridad jurídica.

En definitiva, el poder que se otorga a los jueces sea para resolver los vacíos legales presentes en la normativa de excepción y salud pública, o simplemente, para evaluar la calidad de una medida, dan lugar a un amplio decisionismo judicial donde se siguen en muchas ocasiones criterios generales, diferentes e incluso, incompatibles.

- c) La inadecuada ponderación de derechos. Cuando se adopta una medida limitativa de derechos, es habitual que el derecho a la salud entre en conflicto con otros derechos que pueden quedar perjudicados. En la ponderación también es importante el papel de la ciencia -mencionada anteriormente- que, dependiendo de cuándo y dónde se produzca el conflicto, puede producir un giro en la argumentación puesto que, se puede pasar de proteger la salud pública a priorizar otros derechos fundamentales porque, por ejemplo, la situación epidemiológica ha mejorado, se ha logrado controlar el foco de la emergencia sanitaria, etc.

⁶⁰ Los Autos «283/2020, de Catalunya (Barcelona)», y «128/2020», de la Comunidad de Madrid (Madrid), entre otros, son un ejemplo. Sin embargo, la diferencia entre las argumentaciones permite compararlas entre ellas. El Auto de Catalunya hacía una argumentación muy breve respecto a la ponderación de los derechos y casi no aportó documentación científica. Tampoco se molestaba a examinar detenidamente el principio de proporcionalidad. En cambio, el Auto de Madrid sí lo hacía, pero finalmente no lo analiza porque la argumentación termina girando en torno al alcance del control jurisdiccional que le correspondía al tribunal y en el rango de la «Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud», por lo que determina que, como en esta norma no existe habilitación legal para establecer medidas que limiten el derecho fundamental a la libertad de circulación, decide no ratificarlas.

Todo lo expuesto nos lleva directamente a reflexionar sobre la normativa de salud pública, porque los jueces, cuando examinan si una medida es proporcional, lo primero que hacen es interpretar la normativa que la autoriza, la cual es cuestionable por lo siguiente:

- a) En casos de Estado de alarma, excepción y sitio, la CE deja una cierta indeterminación; no especifica cuáles son los supuestos en los que se puede declarar cada estado, queda a interpretación propia. Pese a ello, la normativa excepcional no es la única que presenta dificultades a la hora de examinarla.
- b) La legislación sanitaria también está abierta a la interpretación. Apenas se dispone de contenido en materia de salud pública en las leyes estatales y la LOMESP, que contempla las medidas en materia de salud pública y que, por lo tanto, es la que debería estar más preparada, solo tiene cuatro artículos. No hay ninguna normativa que contemple las bases generales de esta materia y la ley de cabecera no ofrece ninguna solución a este problema.

Tampoco queda claro cuáles son los derechos que pueden quedar limitados ni las garantías. Aunque la aparición de conceptos jurídicos indeterminados es aceptada y puede ser justificada en situaciones excepcionales, la extrema indeterminación puede provocar que aparezca aún más inseguridad jurídica, porque acabará englobando cualquier concepto dentro de la situación excepcional.

El contenido normativo es escaso: de hecho, hace muchos años, la normativa de sanitaria se estableció con la intención de afrontar enfermedades de carácter epidémico. Este hecho actualmente ha cambiado y ha pasado de la protección colectiva por razones epidémicas al tratamiento individual o asistencial.

- c) La indeterminación normativa conlleva que las medidas queden abiertas a la interpretación judicial y puede provocar que los órganos judiciales asuman *de facto* funciones normativas que no les corresponderían. Habría, por tanto, fijar criterios normativos que orientaran y guiaran la función jurisdiccional.
- d) Las carencias normativas también se reflejan en el procedimiento judicial para realizar la ratificación o autorización de las medidas, donde se prevé la participación de las partes

afectadas. Sin embargo, es posible prescindir del control judicial según el tipo de medida que se adopte -general o no-. En caso de que sea un reglamento de necesidad, no habría necesidad de autorización o ratificación judicial cuando el órgano judicial estuviera realizando una función más bien de carácter consultivo, que jurisdiccional.

Otro problema es la falta de regulación de determinadas garantías en el procedimiento de autorización o ratificación de medidas. Algunos de estos elementos pueden ser la participación del ciudadano concreto que queda perjudicado por el derecho o de los afectados en general.

Estos problemas repercuten de forma negativa en la valoración de una medida, y lo hacen de la siguiente forma: los jueces son los encargados de decidir si una medida es o no proporcional, por lo tanto, dependerá de ellos y de su interpretación que una medida salga adelante o no.

Si el examen hecho a través de la normativa y las herramientas de las que disponen no es el correcto, puede dar lugar a medidas mal formuladas, y también injustas. Este hecho es así porque si se analiza una medida remitiéndose a la mera interpretación estricta del juicio de proporcionalidad, puede derivar en un resultado insuficiente a diferencia de si hubiésemos considerado todas las herramientas que pueden entrar en juego en la ponderación de derechos y evaluación de medidas. Recordemos que las medidas que se aprobarán, perjudicarán unos derechos en beneficio de otros. Por esta razón, es importante que el examen acerca de la medida esté lo más trabajado posible, para valorar si realmente es justa o no esta limitación.

Asimismo, la normativa debería dar alguna respuesta respecto a la situación, porque, de no ser así, lo que está haciendo es desproteger al ciudadano y no le daría ningún tipo de garantía. Si la misma normativa es ambigua, abierta y extremadamente concisa, no habrá una respuesta jurídica adecuada y la protección de la salud pública quedará cegada por la protección del mismo ciudadano.

Y, yendo más allá, no olvidemos que las medidas ablatorias que son emitidas por parte de las autoridades competentes, son ratificadas por los jueces. Esta ratificación permite que las autoridades tengan un “paraguas” que les permite poder sancionar aquellas conductas que vayan en contra de estas medidas. La dificultad recae en el hecho de que, si no está bien justificada la proporcionalidad de dichas medidas, puede provocar que un gran número de sanciones

sean recorridas por vía administrativa y, posteriormente, por vía Contencioso-Administrativa, creando una problemática para la Administración.

Por todas estas razones es importante hacer un apunte final: la situación de emergencia que ha creado la pandemia del Coronavirus debería invitar a reflexionar sobre las carencias legales que presenta la normativa española de salud pública y excepción y, en particular, las consecuencias que implicarían no incorporar las herramientas de las cuales disponemos para evaluar la proporcionalidad de las medidas. De hecho, que las medidas se calificaran de “desproporcionadas” y la situación no se frenara desde un principio porque no había nada igual que pudiese resolver la normativa, solo genera la sospecha de que posiblemente ésta no esté bien estructurada ni focalizada.

Por todo lo expuesto, es necesaria una reforma sobre la normativa de salud pública con carácter general -por ejemplo, cerrando la lista de medidas y estableciendo otras nuevas, o incorporando más artículos con más supuestos previstos, entre otros-, no sólo para contemplar los supuestos de pandemia excepcional, sino todos aquellos que puedan quedar enmarcados dentro del campo de las emergencias sanitarias.

Y no sólo eso. Para que las medidas limitativas de derechos puedan estar lo suficientemente cualificadas, es necesario que su examen se complementa con otro tipo de criterios que eviten el decisionismo judicial. Supuestamente, la adopción de estas medidas tiene la finalidad de proteger el interés general, por lo tanto, es importante valorar la incorporación de técnicas o herramientas que permitan hacerlas proporcionales y eficaces por parte de los jueces porque de ellos dependerá la aprobación de un tipo de medidas que quieren preservar la salud pública pero también pueden perjudicar los derechos de la ciudadanía a la que tanto se quiere proteger.

6. BIBLIOGRAFÍA

6.1 Artículos y páginas web

- Aguado Cudolà, V. (2003). Libertades de circulación y residencia: el visado como control de entrada de extranjeros. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 259–300. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1179938>
- Amoedo-Souto, C.-A. (2020). Vigilar y castigar el confinamiento forzoso. Problemas de la potestad sancionadora al servicio del estado de alarma sanitaria. *El Cronista Del Estado Social y Democrático de Derecho*.
- Arribas López, E. (2017). Algunas ideas sobre el internamiento hospitalario forzoso (o el aislamiento) por razones de salud pública de personas ya privadas de libertad. <http://juristadepresiones.com>.
- Brito Siso, C. (2020). *La libre circulación de personas ante la crisis del COVID-19*. Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. <https://www.otrosi.net/analisis/la-libre-circulacion-personas-antela-crisis-del-covid-19>
- Cantero Martínez, J. (2020, November 2). *Un estado de alarma en clave de cogobernanza, pero que impide los confinamientos domiciliarios a las comunidades autónomas*. Theconversation. <https://theconversation.com/un-estado-de-alarma-en-clave-de-cogobernanza-pero-que-impide-los-confinamientos-domiciliarios-a-las-comunidades-autonomas-149301>
- Castillo Abella, J. (2020, May 13). *¿Ley o reglamento? El decreto de emergencia como una nueva categoría en nuestro ordenamiento*. Idl UAM: Instituto de Derecho Local. <https://www.idluam.org/blog/ley-o-reglamento-el-decreto-de-emergencia-como-una-nueva-categoria-en-nuestro-ordenamiento/>
- Cierco Seira, C. (2005). Epidemias y derecho administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población - Dialnet. *DS: Derecho y Salud*, 13, 211–256. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1339247>
- Cotino Hueso, L. (2020). *Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus*. Diariolaley. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/04/06/confinamientos-libertad-de-circulacion-y-personal-prohibicion-de-reuniones-y-actividades-y-otras-restricciones-de-derechos-por-la-pandemia-del-coronavirus>
- Durán Alba, J. F. (2020). *Afectaciones a la libertad de circulación derivadas del Estado de alarma declarado a causa de la crisis «Covid-19»*. Fundación Manuel Giménez Abad. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0010>
- Enríquez Malavé, G. (2020, April 6). *Inconstitucionalidad de las limitaciones a la libertad de circulación establecidas en*

el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. *Diariolaley*. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/04/24/inconstitucionalidad-de-las-limitaciones-a-la-libertad-de-circulacion-establecidas-en-el-real-decreto-463-2020-de-14-de-marzo-por-el-que-declara-el-estado-de-alarma-para-la-gestion-de-la-situacion-de-crisis->

Gutiérrez Rodríguez, J., Valle Calonge, E., Díaz García, E., & Gallego Riestra, S. (2021). Coronavirus disease 2019 (COVID-19): Involuntary admission yes, involuntary treatment no. *Revista Española de Geriatria y Gerontología*. <https://doi.org/10.1016/j.regg.2021.02.007>

Martín Martínez, M. M. (2020). Las restricciones a la libre circulación de personas en la UE durante la era COVID-19: hacia un futuro incierto. *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, 22. <https://revistascientificas.us.es/index.php/araucaria/article/view/14301/12311>

Martín Sánchez, I. (2018). *Intimidación y tratamientos médicos en el derecho español y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con especial referencia al VIH/SIDA*. JS. Juristas de La Salud. *Revista Derecho y Salud*. <https://www.ajs.es/es/index-revista-derecho-y-salud/volumen-28-numero-2-2018/intimidacion-y-tratamientos-medicos-el-derecho>

Peñalver Cabré, A. (2020). Afectacions a la llibertat de circulació per la pandèmia de la Covid-19 i el seu règim sancionador en l'Estat d'alarma. *Revista Catalana de Dret Públic*, 0(0), 105–124. <https://doi.org/10.2436/rcdp.i0.2020.3523>

Ponce Solé, J. (2017). Reforma constitucional y derechos sociales: La necesidad de un nuevo paradigma en el derecho público Español. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 111, 67–98. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.111.03>

Poquet Catala, R. (2021). Vigilancia de la salud, derecho a la intimidad y Covid-19. *Lan Harremanak*. *Revista de Relaciones Laborales*. https://ojs.ehu.eus/index.php/Lan_Harremanak/article/view/21901

Rico, J. (2020, October 25). *¿Qué es el estado de alarma?* El Periódico. <https://www.elperiodico.com/es/politica/20201025/estado-de-alarma-espana-confinamiento-coronavirus-7888430>

Romeo Casabona, C. M., & Castellano Arroyo, M. (1993). La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica. *DS: Derecho y Salud*, 1. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3180027>

Salamero Teixidó, L. (2016). Derechos individuales frente a salud pública en la protección ante enfermedades contagiosas: propuestas de mejora del marco regulatorio vigente. In *Gaceta Sanitaria* (Vol. 30, pp. 69–73). Ediciones Doyma, S.L. <https://doi.org/10.1016/j.gaceta.2016.04.021>

Salamero Teixidó, L. (2020a). 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. *Diariolaley*. <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2020/05/14/algunas-reflexiones-sobre-la-autorizacion-o-ratificacion-judicial-de-medidas-sanitarias-al-hilo-de-la-aprobacion-de-actos-plurimos-para-hacer-frente-a-la-covid-19>

Salamero Teixidó, L. (2020e). *XXXIV Jornades de Bioètica: Bioètica i Pandèmia: Limitació de drets i llibertats fonamentals en temps de pandèmia. En especial, la intimitat i la llibertat de circulació*. <https://www.udl.cat/ca/serveis/oficina/agenda/XXXIV-Jornades-de-Bioetica-Bioetica-i-pandemia/>

Tajadura Tejada, J. (2020). *Derecho de crisis y Constitución*. Iustel. https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1196204

Teresa López López, Federico de Montalvo Jääskeläinen, Carlos Alonso Bedate, Vicente Bellver Capella, Fidel Cadena Serrano, Manuel de los Reyes López, Pablo Ignacio Fernández Muñoz, Nicolás Jouve de la Barrera, Natalia López Moratalla, César Nombela Cano, Carlos M^a Romeo Casabona, José Miguel Serrano Ruiz-Calderón, & Victoria Ureña Vilardell. (2016). *Cuestiones ético-legales del rechazo a las vacunas y propuestas para un debate necesario*.

Urioste Ugarte, R. (2020, April 7). *Internamiento forzoso en la crisis del Covid-19*. DS Legalgroup. <https://dslegal.es/noticiadestacada/internamiento-forzoso-en-la-tesis-de-covid-19/>

Velasco Caballero, F. (2020b, May 30). *Libertad, Covid-19 y proporcionalidad (I): fundamentos para un control de constitucionalidad*. <https://franciscovelascocaballero.wordpress.com/2020/05/30/libertad-covid-19-y-proporcionalidad-i-fundamentos-para-un-control-de-constitucionalidad/>

Villagomez, A. (2020, May 23). *Análisis sobre la problemática de la autorización judicial de medidas sanitarias*. Confilegal. <https://confilegal.com/20200523-analisis-sobre-la-problematika-de-la-autorizacion-judicial-de-medidas-sanitarias/>

6.2 Manuales y libros

Cierco Seira, C. (2006). *Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*. <https://www.marcialpons.es/libros/administracion-publica-y-salud-colectiva/9788484443773/>

Gamero Casado, E., & Fernández Ramos, S. (2020). *Manual básico de Derecho Administrativo* (Tecnos (ed.); Tecnos). Tecnos.

González Beilfuss, M. (2015). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Marcial Pons. <https://www.marcialpons.es/libros/el-principio-de-proporcionalidad-en-la-jurisprudencia-del-tribunal-constitucional/9788490986158/>

Salamero Teixidó, L. (2020b). Covid-19 y jurisdicción contencioso-administrativa: la autorización o ratificación de medidas sanitarias urgentes y necesarias para la tutela de la salud pública - Dialnet. In *Retos del derecho a la salud y de la salud pública en el siglo XXI* (pp. 309–336). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7585276>

Salamero Teixidó, L. (2020c). *Limitació de drets i llibertats fonamentals en temps de pandèmia. En especial, la intimitat i la llibertat de circulació*.

Salamero Teixidó, L. (2020d). Retos del derecho a la salud y de la salud pública en el siglo XXIDúo - Aranzadi | Thomson Reuters. In *Aranzadi*. <https://www.thomsonreuters.es/es/tienda/duo-papel-ebook/retos-del-derecho-a-la-salud-y-de-la-salud-publica-en-el-siglo-xxiduo-p/10014741>

Santamaría Pastor, J. A. (2018). *Principios de Derecho Administrativo General II* (5a ed.). iustel.

Santos Morón, M. J. (2002). *El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 LEC 1/2000* (Tirant lo Blanch).

Velasco Caballero, F. (2020a). Libertades públicas durante el Estado de alarma por la Covid-19. In *Covid 19 y Derecho Público* (pp. 79–128). Tirant Lo Blanch.

Vera Jurado, D. J., & Rebollo Puig, M. (2019). *Derecho Administrativo. Tomo III* (2nda ed.). Tecnos.

7. LEGISLACIÓN

España. Constitución Española. (BOE [en línea], núm. 311, 29-12-1978, pág. 1-40 [https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1)/con) [Consultado: 20 enero 2021])

7.1 Reales Decretos

España. Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. (BOE [en línea], núm. 282, 25-10-2020, pág. 91912-91919 <https://www.boe.es/boe/dias/2020/10/25/pdfs/BOE-A-2020-12898.pdf> [Consultado: 20 febrero 2021])

España. Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. (BOE [sin vigencia], núm. 67, 14-03-2020, pág. 1-15 <https://www.boe.es/eli/es/rd/2020/03/14/463/con> [Consultado: 20 febrero 2021])

7.2 Leyes nacionales y autonómicas

España. Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. (BOE [en línea], núm. 167, 14-07-1998, pág. 1-71 <https://www.boe.es/eli/es/l/1998/07/13/29/con> [Consultado: 29 abril 2021])

España. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. (BOE [en línea], núm. 274, 15-11-2002, pág. 1-14 <https://www.boe.es/eli/es/l/2002/11/14/41/con> [Consultado: 16 abril 2021])

España. Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. (BOE [en línea], núm. 128, 29-05-2003, pág. 1-46 <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/05/28/16/con>

España. Ley de 25 de noviembre de 1944, de Bases de Sanidad Nacional. (BOE [en línea], núm. 331, 26-11-1944, pág. 8908-8936 <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1944/331/A08908-08936.pdf> [Consultado: 6 mayo 2021])

- España. Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. (BOE [en línea], núm. 102, 29-04-1986, pág. 1-49 <https://www.boe.es/eli/es/l/1986/04/25/14/con> [Consultado: 27 diciembre 2020])
- España. Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. (BOE [en línea], núm. 240, 05-10-2011, pág. 1-36 <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/10/04/33/con> [Consultado: 27 diciembre 2020])
- Catalunya. Ley 18/2009, de 22 de octubre, de salud pública. (BOE [en línea], núm. 276, 16-11-2009, pág. 1-42 <https://www.boe.es/buscar/pdf/2009/BOE-A-2009-18178-consolidado.pdf> [Consultado: 19 febrero 2021])
- Auto 102/2020 del Juzgado del Contencioso-Administrativo de Logroño, de 22 de setiembre de 2020 (recurso 205/2020).
- Auto 283/2020 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona, de 24 de agosto de 2020.
- Auto 332/2020 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 3 de diciembre de 2020 (recurso 332/2020).
- Auto128/2020 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala del Contencioso, de 8 de octubre de 2020 (recurso 1224/2020).

7.3 Leyes orgánicas

- España. Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. (BOE [en línea], núm. 102, 29-04-1986, pág. 15207-15207 <https://www.boe.es/eli/es/lo/1986/04/14/3> [Consultado: 5 enero 2021])
- España. Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. (BOE [en línea], núm. 134, 05-06-1981, pág. 1-10 <https://www.boe.es/eli/es/lo/1981/06/01/4/con> [Consultado: 27 diciembre 2020])

8. JURISPRUDENCIA

8.1 Dictámenes, Sentencias y acuerdos

- Dictamen 214/2020, de 17 de setiembre de la Comissió Jurídica Assessora.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2016, de 28 de abril de 2016 (recurso de amparo 4703-2012).
- Acuerdo de 15 de setiembre de 2005, de Ple del Consell General de Poder Judicial, por el cual se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, 2005.

8.2 Autos

- Auto del Tribunal Constitucional 40/2020, de 30 de abril de 2020 (recurso de amparo 2056-2020).
- Auto 226/2020 del Juzgado del Contencioso-Administrativo, de 19 de noviembre de 2020 (recurso 1245/2020).