

EL DERECHO DE LA SALUD PÚBLICA: UNA PROPUESTA DE MEJORA NORMATIVA A PROPÓSITO DE LA COVID-19

FECHA DE ENVÍO: 9 DE SEPTIEMBRE DE 2021 - FECHA DE ACEPTACIÓN: 23 DE OCTUBRE DE 2021

*“Salus populi, suprema lex esto”
(De Legibus, Cicerón)¹*

**Alicia
del Llano Núñez-Cortés**

*Responsable de Asuntos Públicos
Fundación Gaspar Casal*

SUMARIO

1. Fundamentos y configuración jurídica del Derecho de la Salud Pública. 1.1. A nivel internacional. 1.2. A nivel europeo. 1.3. A nivel nacional. 1.4. A nivel autonómico. **2. Análisis de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.** 2.1. Del Preámbulo. 2.2. Ámbito de aplicación de la norma. 2.3. De los principios generales de la salud pública. 2.4. Estructura: medios instrumentales y personales. 2.5. El contenido positivo del Derecho de la Salud Pública. 2.6. Salud Pública en tiempos de excepción. **3. Propuestas de mejora normativa para un nuevo Derecho de la Salud Pública.** 3.1. El encaje formal del Derecho de la Salud Pública. 3.2. El contenido material de un nuevo Derecho de la Salud Pública. **4. Conclusiones. 5. Bibliografía**

RESUMEN

El presente trabajo pretende impulsar la disciplina del Derecho de la Salud Pública a través de un replanteamiento de la legislación vigente tras la Covid-19.

Debido a que la pandemia en curso ha evidenciado que existen muchas carencias legislativas para hacer frente a situaciones de riesgo y emergencia sanitaria, el objeto de esta investigación se centra, principalmente, en dicho marco normativo regulador.

La salud pública es un bien jurídico global que precisa de un conglomerado de normas, principios, valores, procedimientos y criterios que la doten de la necesaria estructura normativa para hacer frente a las pandemias y demás crisis sanitarias futuras.

Así, esta investigación repasa y analiza la legislación estatal en vigor y plantea propuestas de mejora normativa que permitan salir fortalecidos de la crisis vivida por medio de la constatación de la existencia de un Derecho de la Salud Pública que nos ampara y protege a todos los ciudadanos y que es clave para salvaguardar el bienestar social y el progreso económico de un país.

PALABRAS CLAVE

Derecho de la Salud Pública, Ley General de Salud Pública, Ley Orgánica de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública Ley General de Sanidad, Covid-19.

¹ «Sea su ley suprema la salvación del pueblo», según la traducción de C. T. Pabón de Acuña, Las Leyes, Gredos, Madrid, 2009, pág. 119.

ABSTRACT

This thesis aims to promote the discipline of the Public Health Law through a rethinking of current legislation after Covid-19.

The ongoing pandemic has shown that there are many legislative shortcomings to deal with risk situations and health emergencies.

Public health is a global legal asset that requires a conglomeration of norms, principles, values, procedures and criteria that provide it with the necessary normative structure to face pandemics and other future health crises.

Thus, this research reviews and analyzes the state legislation in force and raises proposals for regulatory improvement that allow us to emerge strengthened from the crisis experienced by verifying the existence of a Public Health Law that protects us all citizens and that it is key to safeguarding the social welfare and economic progress of a country.

KEYWORDS

Public Health Law, General Law of Public Health, Organic Law of Special Measures in Public Health Matters, General Health Law, Covid-19.

1. FUNDAMENTOS Y CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO DE LA SALUD PÚBLICA

El art. 1.1. de la Constitución Española (CE) proclama que: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

Siguiendo a Karl SCHMITT¹ la autoproclamación de España como un Estado social y democrático de derecho es una de las “decisiones constitucionales fundamentales”.

El preámbulo de la CE y el Título Preliminar, donde se encuentra el citado precepto, posee un valor programático del ordenamiento jurídico, es decir, inspira al resto del orden jurídico sin necesidad de ulterior desarrollo o complementación.

¹ Schmitt K., *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982, pp 27 y ss.

Pero, tal y como afirma el profesor GARRIDO FALLA²: “la esencia de la norma jurídica no está tanto en los objetivos que se pretenden alcanzar, cuanto en instrumentar los medios para conseguirlos”.

Es por ello por lo que, en el desarrollo de ese desiderátum jurídico o declaración de intenciones, es donde se demuestra si efectivamente España es un Estado social y democrático de derecho.

Conviene, por el propósito del presente trabajo, centrarnos en la esfera del Estado Social que sin duda fue la gran conquista jurídica, política, económica y social que se produjo tras (y a consecuencia) de los males vividos en la II Guerra Mundial.

Para los juristas, Estado Social y Estado del Bienestar son dos caras de la misma moneda, tal y como señala la doctrina: “hay que partir de dos conceptos potencialmente interrelacionados, pero perfectamente distinguibles e, incluso, potencialmente independientes. Un concepto estrictamente jurídico —el de Estado social de derecho— que recoge nuestra Constitución, y un concepto no normativo, sino descriptivo, sociopolítico y socioeconómico, que es el Estado de bienestar”³.

O, siguiendo las palabras anteriormente transcritas de GARRIDO FALLA, el medio para el fin. En este caso, el Estado social presenta los fines y objetivos de la CE, un desiderátum jurídico, mientras que el Estado del Bienestar, representa la realidad socioeconómica que viene a concretar a dicho Estado Social en su vertiente más prestacional con el consiguiente impacto en la vida de los ciudadanos españoles. Dicho de otra manera, la esfera jurídica del Estado del Bienestar es el Estado Social.

La evolución hasta la plasmación del art. 1.1 CE ha sido posible gracias al pensamiento recogido desde los seguros sociales de Bismarck en el s.XIX, pasando por el Informe *Beveridge* de 1942 hasta la Escuela de Friburgo con Walter Eucken a la cabeza con el desarrollo del concepto de “economía social de mercado” como antecedentes jurídico-económicos del actual Estado Social.

El lector se preguntará qué relación guarda el Estado social con el desarrollo del Derecho de la Salud Pública en España. Lo cierto es que la plasmación jurídica del Estado social, con su vertiente socioeconómica en el estado del bienestar, es la base del art. 43 CE que recoge el derecho a la salud tanto desde

² Garrido Falla, F, et al, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985.

³ Campoamor, A. F. M., “El estado social”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 69, 2003, pp, 139-180.

una perspectiva individual (prestacional) como colectiva (salud pública), a su vez en íntima conexión con el derecho a la vida del art. 15 CE.

La “exclusión” del derecho a la salud de la categoría de derechos fundamentales que son aquellos regulados entre los arts. 15 al 29 de la CE, en concreto, en el Título I, capítulo II, sección 1ª es responsable de que la salud se configure en España como un principio rector de la política social y económica, y de ahí, su conexión con el Estado del Bienestar sin dejar de atender a su esfera jurídica, la del Estado Social, que es la que fundamenta y permite que dicho derecho exista.

En el presente objeto de investigación se tratará de abordar las distintas mejoras normativas que se tienen que producir a fin de potenciar el Derecho de la Salud Pública a propósito de la Covid-19.

Si bien, y desde una visión más amplia, se quiere generar el suficiente conocimiento que permita ser conscientes de que el derecho precisa volverse más creativo y adaptativo para poder liderar los cambios que, la sociedad a la que sirve, demanda.

El jurista norteamericano Lawrence O. Gostin ha dedicado su carrera profesional a la investigación del Derecho de la Salud Pública (*Public Health Law*). GOSTIN entiende que el derecho es la herramienta con la capacidad, visión y legitimidad necesaria para poder avanzar en el desarrollo de la salud pública. Si el citado autor ya hablaba de esto en el año 2000⁴, tras la Covid-19 y lo que supusieron los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en el año 2015, en concreto el objetivo número 3, se ha vuelto de una mayor actualidad y necesidad tomar conciencia del pensamiento jurídico de GOSTIN.

Por su parte, en el año 2019⁵, GOSTIN abordó el poder del derecho para alcanzar la salud global y el desarrollo sostenible. De forma visionaria, GOSTIN nos adelantaba el remedio jurídico para la pandemia que se cernía sobre nosotros.

Resulta imprescindible que, a la luz del conocimiento que tenemos hoy en día, exista la necesaria voluntad política para dar un salto cualitativo hacia una reingeniería jurídica que cree nuevos espacios en el derecho para hacer frente a los retos que la

4 Gostin, L. O., “Public health law in a new century: part I: law as a tool to advance the community’s health”. *Jama*, nº 283, 200, pp, 2837-2841.

5 Gostin, L. O., Monahan, J. T., Kaldor, J., DeBartolo, M., Friedman, E. A., Gottschalk, K., ... & Yamin, A. E.. *The legal determinants of health: harnessing the power of law for global health and sustainable development*. *The Lancet*, nº393, 2019, pp, 1857-1910.

globalización provoca a la vez que se produzca una globalización del derecho. Globalización y derecho deben ser causa y efecto. La capacidad de respuesta y de hacer frente a los retos que la globalización trae consigo tiene que venir del derecho. El efecto (el derecho) tiene que interrelacionarse, y adaptarse mejor a su causa de cambio (la globalización y sus retos).

Antón Costas, presidente del Consejo Económico y Social (CES) afirma que: “la pandemia ha introducido dos tendencias claras: la primera es el reequilibrio de políticas nacionales y de globalización a favor de las nacionales. Ejemplos de ello son los fondos next generation, y la segunda, es que la salud y el clima son bienes públicos globales”. Lo que no se aleja del planteamiento que hace GOSTIN.

El derecho debe liderar la configuración de la salud pública como un bien público global para lo cual debemos partir de delimitar la conceptualización de lo que se entiende por Derecho de la Salud Pública (*Public Health Law*). Siguiendo la definición del profesor GOSTIN:

“Public Health Law is the study of the legal powers and duties of the state to ensure the conditions for people to be healthy (eg, to identify, prevent, and ameliorate risks to health and safety in the population), and the limitations on the power of the state to constrain the autonomy, privacy, liberty, property, or other legally protected interests of individuals for protection or promotion of community health”⁶.

En otras palabras, “el Derecho de la Salud Pública es el estudio de los poderes y obligaciones legales del estado para asegurar las condiciones para que las personas estén sanas (por ejemplo, para identificar, prevenir y mejorar los riesgos para la salud y la seguridad de la población) así como las limitaciones del poder estatal para restringir la autonomía, privacidad, libertad, propiedad u otros intereses legalmente protegidos de las personas con el fin de lograr la protección o promoción de la salud pública”.

Así las cosas, se aprecia como el Derecho de la Salud Pública posee un doble contenido:

- Positivo: “asegurar las condiciones para que las personas estén sanas (por ejemplo, para identificar, prevenir y mejorar los riesgos para la salud y la seguridad de la población)”. Aquí se contempla la parte preventiva y de promoción de la salud pública.

6 Gostin, L. O., “Public health law in a new century: part I: law as a tool to advance the community’s health”. *Jama*, nº 283, 2000, pp, 2837-2841.

- Negativo: “limitaciones del poder estatal para restringir la autonomía, privacidad, libertad, propiedad u otros intereses legalmente protegidos de las personas con el fin de lograr la protección o promoción de la salud pública”. Está formado por todas aquellas prerrogativas que posee el estado para alcanzar una defensa del interés general. Conviene detenerse en como el propio GOSTIN conceptualiza dicha vertiente negativa desde la visión de la limitación a dichas facultades y prerrogativas del estado con el objetivo de respetar las garantías para salvaguardar las libertades y derechos de los ciudadanos.

Dicho de otra manera, el Derecho de la Salud Pública posee una doble faz positiva (encargada de llevar a cabo aquellas acciones y políticas públicas tendentes a prevenir enfermedades y mejorar resultados en salud a través de acciones de promoción) y negativa (consistente en limitar derechos de los ciudadanos con el fin salvaguardar la salud pública siempre que se respeten las garantías de los ciudadanos).

En otras palabras, se podría definir el Derecho de la Salud Pública como aquella rama de “intersección” entre el derecho administrativo y el derecho constitucional encargada de velar por el equilibrio entre derechos y obligaciones con el fin de salvaguardar la salud pública como un bien jurídico global.

Por tratarse de una disciplina interdisciplinaria debería integrar la visión de juristas, salubristas, economistas, sociólogos y politólogos.

GOSTIN describe las cinco características principales que se desprenden del Derecho de la Salud Pública:

- I. La responsabilidad de los poderes públicos
- II. La salud de la población
- III. La interrelación entre poderes públicos y la salud de la población
- IV. La promoción de la salud pública a través de servicios/prestaciones
- V. El poder coercitivo sobre individuos y empresas en aras a garantizar la protección de la comunidad

Esta descripción de las facetas del Derecho de la Salud Pública (DSP) muestra la necesaria armonía que tiene que producirse entre ciudadanía, poderes públicos e individuos para salvaguardar la salud de la población. Y, si uno se para a reflexionarlo,

ejemplifica el sempiterno dilema entre libertad y seguridad que ya dibujara Hobbes⁷ como origen del Estado y que tanto hemos visto tensionado y aminorado desde que el pasado 14 de marzo del 2020 se declarara en España el Estado de Alarma en virtud del Real Decreto 463/2020.

Aquella idea de la búsqueda de la seguridad como fundamento no solo político, sino filosófico y moral del origen del Estado-nación conviene entender que la seguridad de la época *hobbesiana*, se traduce en el bienestar del s. XXI. De hecho, sin unos niveles adecuados de salud, los ciudadanos no podemos participar, de forma plena, en los aspectos políticos, sociales y democráticos de la sociedad. A la vez que no somos capaces de generar riqueza y progreso económico y social, poniendo en riesgo, el bienestar de la población.

El enfoque de la salud pública que se concreta en “la salud pública en todas las políticas” como veremos en el análisis pormenorizado de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP) se comprende una vez se atiende a la definición que de salud pública hace the Institute of Medicine de EE. UU.: “la salud pública es, lo que como sociedad hacemos colectivamente, para asegurar las condiciones que permitan a la gente estar sana”, que coincide con la parte positiva de la definición de Public Health Law de GOSTIN.

¿Qué se entiende por estar sano? ¿Hay consenso en la definición del derecho a la protección de la salud?

Para llevar a cabo una configuración jurídica del Derecho de la Salud Pública debemos partir de una delimitación tanto subjetiva como objetiva de los límites de este derecho.

Desde un punto de vista subjetivo, conviene matizar que la salud posee dos vertientes la individual y la colectiva, ésta última es la que denominamos salud pública.

La titularidad de ambos derechos no es la misma. En la primera, son titulares los ciudadanos desde una perspectiva individual. En la segunda, la colectividad es en quien recae la legitimidad del Derecho de la Salud Pública.

Desde un punto de vista objetivo, la salud es un concepto jurídico indeterminado que precisa de concreción para protegerlo.

⁷ Herrera, Á. A., “La noción de seguridad en Thomas Hobbes”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm 39, 2009, pp 97-124.

De ahí que, a lo largo del siguiente apartado, se analice el concepto de la salud desde una visión multinivel y de derecho comparado que nos permita diferenciar entre salud y salud pública y sus consiguientes efectos jurídicos a fin de entender la fundamentación y la configuración jurídica del Derecho de la Salud Pública.

1.1 A nivel internacional

En un mundo definido por la globalización, y siguiendo la máxima jesuítica de ir de lo general a lo particular, conviene partir de la definición que la OMS hace sobre la salud como máxima autoridad internacional sanitaria cuando afirma que la salud es “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”⁸.

Un sector de la doctrina con BOMBILLAR a la cabeza entiende que de dicha definición solo se puede desprender un concepto jurídico que sirve para fundamentar una “protección a la salud”⁹.

El citado autor se remite al pensamiento de PEMÁN GAVÍN¹⁰ cuando éste afirma que: “no puede entenderse como un derecho a estar sano, dado que los Estados no pueden otorgar protección frente a todas las causas posibles de mala salud del ser humano no sólo por la limitación de los recursos de que disponen sino también por el hecho de que sobre la salud humana inciden muy numerosos factores entre los que se encuentran las condiciones genéticas y la propensión individual a determinadas enfermedades, o [la] adopción de estilos de vida insanos o arriesgados por parte de cada persona”.

Pero lo cierto es que el derecho a la protección a la salud y el derecho de la salud pública no son dos realidades excluyentes, sino complementarias que hacen mención a dos esferas jurídicas distintas. De un lado, el derecho a la salud individual. Y de otro, el derecho a la salud colectiva (pública).

En este sentido, y cuando se aborde de forma pormenorizada la exégesis del art. 43 CE, se profundizará en el entendimiento de que nuestro constituyente legisla, y, por ende, contempla, y *protege* ambas realidades.

8 Definición dada en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud. Texto disponible en https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf (20 de julio de 2021).

9 Sáenz, F. M. B., y Miras, A. P., “El derecho a la protección de la salud desde una perspectiva multinivel y de Derecho comparado”. *Revista europea de derechos fundamentales*, núm. 25, 2015, pp. 299-331.

10 Pemán Gavín, J.M., *Derecho a la protección de la salud*, en C.M. Romeo Casabona (dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Tomo I, Comares, Granada, 2011, pp. 577-578

La tesis del presente trabajo pretende abogar por una distinción entre ambas realidades y un llamamiento a la importancia de desarrollar y a la vez dotar de los necesarios fundamentos jurídicos a este Derecho de la Salud Pública que la pandemia ha venido a evidenciar, donde hay que equilibrar derechos y deberes y donde entran en juego distintas perspectivas del derecho (constitucional, administrativo, internacional público y sanitario etc.) a la vez que otras disciplinas (la política sanitaria, la salud pública, la economía, la filosofía y la ciencia, entre otras). Es importante reivindicar este enfoque multidisciplinar que, liderado por el derecho como disciplina jurídica, debe ser capaz de adaptar la norma a la nueva realidad existente. Una realidad que es novedosa y más compleja que nunca y que plantea fuertes interrogantes. Pero, sobre todo, prevalece la necesidad de buscar consensos, y de ahí, la utilidad del desarrollo de una disciplina jurídica *ad hoc* que permita aunar distintas voces, pensamientos y disciplinas, siendo finalmente capaz de dar respuesta a las pandemias venideras y a las próximas amenazas sanitarias que pongan en riesgo a la sociedad.

Este Derecho de la Salud Pública (DSP) del que habla GOSTIN debe de integrar el derecho constitucional (v.gr. Estados de excepción, los límites a los poderes del estado, así como el desarrollo de sus prerrogativas), el derecho administrativo (principios rectores entre relaciones interadministrativas, organigrama, medios e intervenciones administrativas capaces de dar respuesta a amenazas sanitarias globales) y la ciencia (salud pública, epidemiología como evidencia científica que posibilite una configuración jurídica adaptada a las necesidades del problema en cuestión).

A grandes rasgos, se puede resumir que, desde un ámbito internacional y de derecho constitucional comparado, existe una regulación de la salud, fundamentalmente, de manera autónoma y contemplando la vertiente tanto individual como colectiva. Por ende, refuerza nuestra tesis de que derecho sanitario y derecho de la salud pública son realidades jurídicas con basamento constitucional.

Llegados a este punto, conviene “bajar” al ámbito regional o europeo para ver cómo se regula la salud desde dicha esfera territorial.

1.2 A nivel europeo

La Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) en su art. 35 garantiza el derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Conviene recordar

que, desde el Tratado de Lisboa, la CDFUE tiene pleno valor jurídico conforme a lo dispuesto en el art. 6.1. del Tratado de la Unión Europea (TUE).

GARRIDO CUENCA¹¹ habla de la necesidad de que los problemas globales obtengan respuestas globales y un ejemplo estudiado es la cooperación sanitaria existente en el ámbito de enfermedades raras. Si lo anterior era lógica pura, con la pandemia se ha vuelto un mandato pues la cooperación, y la coordinación supraestatal es la única manera de atajar pandemias y demás emergencias sanitarias como afirma CIERCO SIERA¹².

Dicha actuación integral y transversal es posible gracias a la fundamentación jurídica que recoge el art. 168.1 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE):

“Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana.

La acción de la Unión, que complementará las políticas nacionales, se encaminará a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades humanas y evitar las fuentes de peligro para la salud física y psíquica. Dicha acción abarcará la lucha contra las enfermedades más graves y ampliamente difundidas, apoyando la investigación de su etiología, de su transmisión y de su prevención, así como la información y la educación sanitarias, así como la vigilancia de las amenazas transfronterizas graves para la salud, la alerta en caso de tales amenazas y la lucha contra ellas.

La Unión complementará la acción de los Estados miembros dirigida a reducir los daños a la salud producidos por las drogas, incluidas la información y la prevención”.

Conviene señalar que se trata de una acción de apoyo, coordinación y complemento de la UE con los Estados Miembros (EEMM) basada en el principio de subsidiariedad. Asimismo, resulta reseñable que la UE regula el enfoque de Derecho de la Salud Pública y no el del derecho a la protección de la salud (individual) por ser precisamente esa una materia de competencia nacional.

11 Garrido Cuenca, N.M., “La estrategia europea de enfermedades raras: Desafíos y oportunidades de una acción sostenible global”, en *Derecho y Salud en la Unión Europea* (dir. Juan Francisco Pérez), Comares, Granada, 2013, pp. 241-272

12 Cierco Siera, C., “Epidemias y Derecho Administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población”, *Derecho y Salud*, núm. 2, 2005, pp. 211-256.

A pesar de no tratarse de una competencia exclusiva de la UE de las reguladas en el art. 3 TFUE, siempre ha existido un tratamiento especial en la materia, aun cuando no había basamento jurídico para ello, como sucedió con el SIDA en los años ochenta. Y con posterioridad, ya existiendo dicho basamento, con el caso de la Talidomida o la Gripe A.

Conviene reseñar, en lo que respecta al basamento jurídico de la salud pública en la UE desde una visión transversal, lo dispuesto en el:

I. Art. 4.2.f) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) que define como competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros “los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública”.

II. Art. 9 que establece que en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la protección de la salud humana.

III. Art. 36 que permite las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales.

IV. Arts. 45 y 52 que permiten también restricciones a la libre circulación y establecimiento por razones de salud pública.

V. Art. 114 que aboga por una aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de salud.

Rige en la UE el principio de precaución en situaciones de incertidumbre científica, aunque sin duda la salud pública está sometida a una fuerte intervención administrativa¹³ a nivel no solo nacional sino europeo, como muestra la existencia de una Agencia Europea del Medicamento o un Centro Europeo para la Prevención y Control de Enfermedades o las situaciones excepcionales que recogen los artículos enunciados *supra* donde la salud pública posee distintas garantías.

Si bien es importante entender que el riesgo cero no existe¹⁴, por tanto, los poderes públicos han de hacer siempre un balance riesgo-beneficio o incluso riesgo-riesgo como se ha visto en los momentos más duros de la pandemia.

13 Bombillar Sáenz, F.M., “Estructura, organización y funciones de la administración de la Unión Europea en materia de salud pública. Dos ejemplos: La Agencia Europea de Medicamentos y la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria”, en *Derecho y Salud en la Unión Europea*, 2013, pp. 293-325.

14 Esteve Pardo, J., *El desconcierto del Leviatán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

La Unión Europea, durante la pandemia, ha sido baluarte de los valores intrínsecos de la misma (a saber: solidaridad, dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos). Ha sido ejemplar el liderazgo en la compra centralizada en la UE de las vacunas contra la Covid-19, el despliegue de mecanismos que posibiliten la colaboración público-privada para lograr un desarrollo más ágil de las vacunas, el apoyo a la iniciativa COVAX, así como la aprobación de los Fondos *Next Generation*.

Jean Monnet, una de las cabezas pensantes detrás de la idea filosofo-política embrionaria de lo que luego fue la UE decía que: “las personas pasan, pero las instituciones permanecen”. Y lo cierto es, que la UE como institución ha sido, es y será, la mejor apuesta para una gestión colectiva de la globalización. Los estados-nación precisan de estructuras supra estatales que les permitan hacer frente a los retos globales.

Llegados a este punto, conviene seguir “bajando” al nivel estatal para entender cuál es la fundamentación y configuración jurídica que se le da al Derecho de la Salud Pública.

1.3 A nivel nacional

El fundamento habilitante de cualquier investigación jurídica descansa en nuestra Constitución o “*norma normarum*” en palabras de KELSEN¹⁵.

Por su parte, NIETO¹⁶ afirmó que: “la Constitución de 1978 ha venido propiciada por un movimiento filosófico-constitucional que ve en su texto la cifra y expresión de toda la vida del Estado y del ordenamiento jurídico”.

MARTIN REBOLLO¹⁷ reflexiona sobre lo que representa una Constitución cuando dispone que: “La constitución no es solo norma sino también valores. Se trata de la máxima plasmación de lo que representa una utopía social”.

Quizás, por encima de todo, nuestra Constitución es el pegamento que todo lo une, el catalizador de la cohesión social de un estado. Y yendo más allá, es el basamento que posibilita convertir el deseo en acción y la metafísica en ciencia.

Por todo lo anterior, es que para entender a qué nos referimos con la configuración jurídica y fundamentación del Derecho de la Salud Pública debemos remitirnos al catalizador que lo hace posible, que viene recogido en el art. 43 de la Constitución Española cuando dispone que:

“1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio”.

Como recoge nuestra mejor doctrina¹⁸, dicho precepto propugna una visión plural de la sanidad ya que contempla:

I. La visión individual y prestacional de la salud.

II. La visión colectiva de salud pública.

III. La visión sanitaria del fomento de la educación sanitaria, física y el ocio.

Se trata pues de un: “precepto que proporciona la base para el tratamiento de la salud de manera autónoma, como un sistema propio”¹⁹. Diferenciado, aunque conectado, al derecho a la seguridad social (art. 41).

Es importante reseñar, en este punto, el encaje de dicho derecho dentro de los principios rectores de la política social y económica como se señalaba en la introducción de este trabajo, pues de ello deriva su consideración como derecho social de configuración legal que solo puede ser exigido una vez desarrollando legalmente, en este caso, a través de ley ordinaria tal y como dispone el art. 53.3 CE. No se trata pues de un derecho fundamental, pero sí que está en íntima conexión con otros derechos fundamentales como el derecho a la vida recogido en el art. 15 CE. Por eso, se ha discutido su desarrollo normativo ordinario frente al reforzado que

15 Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado*. 1958. Unam.

16 Nieto, A., “Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional”. *Revista de Administración Pública*, núm. 100, 1983, pp. 371-416.

17 Rebollo, L. M., *Leyes administrativas*. Thomson Reuters Aranzadi. 2014

18 Casas Baamonde, M. E., & Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., *Comentarios a la Constitución Española: XL aniversario*. Comentarios a la Constitución Española, 2018, pp. 1332-1359.

19 Sáenz, F. M. B., & Miras, A. P., “El derecho a la protección de la salud desde una perspectiva multinivel y de Derecho comparado”. *Revista europea de derechos fundamentales* núm. 25, 2015, 299-331.

precisan los derechos fundamentales a través de ley orgánica²⁰.

Es por ello que, la jurisprudencia constitucional lo define como un “derecho de importancia singular” (véase ATC 239/2012).

Antes de entrar a analizar el desarrollo normativo que ha hecho posible una aplicación efectiva del art. 43 CE, debemos detenernos en el reparto competencial de la sanidad por mor de lo dispuesto en el título VIII a consecuencia de la configuración de España como un Estado de las Autonomías.

El art. 148.1. 21.^a posibilita la asunción por las Comunidades Autónomas de competencias en materia de sanidad, reservando el Estado la sanidad exterior, la regulación de las bases y la coordinación general de la sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos (art. 149.1.16.^a). Una vez transcurridas las limitaciones temporales y siguiendo el proceso establecido para ello en la CE y en los respectivos Estatutos de Autonomía, todas las Comunidades Autónomas han asumido las competencias en materia de sanidad. Este proceso fue posible gracias también al desarrollo legal, paralelo, de un modelo estable de financiación, a través de la aprobación de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía. Conviene tener en cuenta las modificaciones introducidas en dicho sistema de financiación por las leyes 22 y 23 de 2009, la orgánica complementaria 3/2009 y, más recientemente, por la Ley Orgánica 6/2015, de 12 de junio, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas.

Es por ello que, una vez entendida la configuración jurídica de la salud en nuestra CE y su consiguiente reparto competencial, conviene atender a la legislación básica del estado en torno a la materia sabiendo que dicha legislación estatal será complementada por un desarrollo autónomico.

1.3.1 La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad

El eterno retorno del que hablara Nietzsche, sin duda, existe. Y uno se da cuenta de ello cuando lee los dos primeros párrafos de la exposición de

motivos de la Ley 14/1986 General de Sanidad (en adelante; LGS) cuando afirma:

“De todos los empeños que se han esforzado en cumplir los poderes públicos desde la emergencia misma de la Administración contemporánea, tal vez no haya ninguno tan reiteradamente ensayado ni con tanta contumacia frustrado como la reforma de la Sanidad.

Es, en efecto, un dato histórico fácilmente verificable que las respuestas públicas al reto que en cada momento ha supuesto la atención a los problemas de salud de la colectividad han ido siempre a la zaga de la evolución de las necesidades sin conseguir nunca alcanzarlas, de manera que se ha convertido en una constante entre nosotros la inadaptación de las estructuras sanitarias a las necesidades de cada época”.

Han pasado -sólo- 35 años, desde que el legislador captara lo que, sin atisbo de duda, se ha convertido en un mal endémico de la sanidad española. Y, yendo más allá, ejemplifica la esencia de la rigidez de un derecho que no se adapta a las necesidades de la sociedad a la que sirve.

Desde entonces, y dejando a un lado la evolución del sistema de Seguridad Social, se intentó reformar la sanidad en España. La promulgación de la CE en 1978 y la constitución de España como un Estado de las Autonomías, en virtud del cual las CCAA asumirían la competencia en sanidad, se tornó imprescindible el desarrollo de la LGS.

Siguiendo su exposición de motivos deja constancia de cuál es su *leitmotiv*: “la directriz sobre la que descansa toda la reforma que el presente proyecto de Ley propone es la creación de un Sistema Nacional de Salud”.

A reglón seguido dispone que se debe entender por Sistema Nacional de Salud: “el Sistema Nacional de Salud se concibe, así como el conjunto de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas convenientemente coordinados”.

No es objeto del presente trabajo llevar a cabo un análisis pormenorizado de la norma en cuestión, valga como resumen lo dispuesto en la sinopsis del art. 43 de la CE cuando dispone que: “la LGS constituye la norma de referencia en el este ámbito, en tanto en cuanto establece la estructura y el funcionamiento del sistema sanitario público, orientado prioritariamente a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades. Según su artículo 1, su objeto consiste en la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho

20 Cantero Martínez, J. *Constitución y derecho a la protección de la salud ¿existe algún límite frente a los recortes sanitarios?*. Revista CESCO de Derecho de Consumo, núm. 8, 2013, pp. 1-26.

a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución. La ley tiene la condición de norma básica, en el sentido del artículo 149.1. 16.^a de la Constitución, y es de aplicación en todo el territorio nacional”.

Por último, y a modo de conclusión conviene remitirse a lo recogido en la exposición de motivos de la próxima norma objeto de análisis la Ley 16/2003 cuando afirma que:

“La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, dio respuesta y desarrollo a estas previsiones constitucionales, estableciendo los principios y criterios sustantivos que han permitido configurar el Sistema Nacional de Salud: el carácter público y la universalidad y gratuidad del sistema ; la definición de los derechos y deberes de ciudadanos y poderes públicos en este ámbito ; la descentralización política de la sanidad ; la integración de las diferentes estructuras y servicios públicos al servicio de la salud en el Sistema Nacional de Salud y su organización en áreas de salud, y el desarrollo de un nuevo modelo de atención primaria que ponía el énfasis en la integración en este nivel de las actividades asistenciales y de prevención, promoción y rehabilitación básica”.

1.3.2 La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud

Siguiendo el tenor literal la norma como máxima expresión de la voluntad popular, la citada exposición de motivos reconocía:

“Transcurridos más de 16 años desde la entrada en vigor de la Ley General de Sanidad, se han producido profundos cambios en la sociedad, tanto culturales, tecnológicos y socioeconómicos como en la manera de vivir y de enfermar. Y se plantean nuevos retos para la organización del Sistema Nacional de Salud, como son la orientación a los resultados en salud, la potenciación del papel de los usuarios como decisores, la implicación de los profesionales en las reformas administrativas, las actuaciones clínicas y la toma de decisiones basadas en la evidencia científica, así como la búsqueda de mecanismos de integración en la atención sanitaria y la sociosanitaria, retos todos ellos que han puesto de manifiesto la necesidad del funcionamiento cohesionado del Estado y de las comunidades autónomas para complementar algunos elementos esenciales del Sistema Nacional de Salud, de manera que pueda adaptarse a la modernización que el entorno le exige.

Por todo ello, esta ley establece acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias como medio para asegurar a los ciudadanos el derecho a la protección de la salud, con el objetivo común de garantizar la equidad, la calidad y la participación social en el Sistema Nacional de Salud”.

Casi 20 años después de la promulgación de la citada norma, muchos de los retos recogidos en su preámbulo siguen siendo, hoy en día, una declaración de intenciones más que de principios rectores o realidades del estado de nuestro sistema sanitario.

La ley 16/2003 se vio modificada, entre otras, por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Su objetivo era acometer una reforma estructural del Sistema con el fin de dotarlo de solvencia y viabilidad, reforzando también las medidas de cohesión para hacerlo sostenible en el tiempo y, con ello, garantizar la universalización del acceso a las prestaciones sanitarias sufragadas con fondos públicos. Si bien, el análisis de esta normativa se escapa del objeto del presente trabajo de investigación.

1.3.3 Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública

Aprobada en el contexto de la gravedad que supuso la enfermedad provocada por el aceite tóxico de colza en 1981 así como los retos que el SIDA suponían, se promulgó la citada norma cuyo fin queda recogido por mor de su art. 1: “proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad”.

Dicha norma, ha sido requerida de ulterior desarrollo por parte del Consejo de Estado, en su dictamen 213/2021, sobre el recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia.

El supremo órgano consultivo del Gobierno advierte que la ley orgánica de 1986 “contiene una regulación en extremo genérica” y que “podría resultar insuficiente para hacer frente, de acuerdo con los principios constitucionales de eficacia administrativa y seguridad jurídica, a las necesidades a las que se enfrentan las autoridades sanitarias competentes”.

El citado órgano asevera que la citada norma, “podría estar necesitada de una adecuación legislativa que le aporte mayor detalle y concreción” para “proporcionar a las autoridades sanitarias competentes el mejor marco jurídico posible para afrontar las situaciones presentes y futuras de riesgo grave para la salud pública”

Es opinión de un gran sector de la doctrina que se está desaprovechando el *momentum*, no solo de reformar la citada ley, sino también de repensar la Ley 33/2011 General de Salud Pública para dotar a las administraciones públicas, en todos sus niveles, de las herramientas necesarias para abordar, de forma efectiva, esta pandemia en curso así como las venideras y el resto de amenazas sanitarias públicas que lleguen a acaecer en España, reforzando la estructura normativa del Derecho de la Salud Pública.

Si bien, antes de adentrarnos en un análisis pormenorizado de la referenciada norma, conviene contextualizar por seguir España un modelo multinivel de Administración Pública cuál es la situación legislativa en la que se hayan las CCAA ya que en las mismas recae el verdadero servicio de la prestación de salud.

1.4 A nivel autonómico

El art. 148.1. 21ª como se referenciaba *supra* dispone que son las administraciones autonómicas las competentes de gestionar la sanidad. Nótese bien que el constituyente hace mención a la competencia en sanidad, mientras que a la salud se refiere como derecho. Por lo tanto, se trata aquí de la vertiente prestacional del derecho a la protección de la salud²¹.

Conviene puntualizar que todas las CCAA han asumido la competencia de Sanidad.

BOMBILLAR afirma que: “el Estado Social en que España se constituye (ex art. 1.1 CE) tiene su concreción en el Estado Autonómico y como el ámbito sanitario es connatural al Estado social, resulta, en cierta medida lógico, que las Comunidades Autónomas se hayan convertido en el centro de la actividad sanitaria”²².

Recuérdese, como se decía en líneas anteriores, que la propia exposición de motivos de la LGS

21 Garrido Cuenca, N., *La igualdad y cohesión del Sistema Nacional de Salud. La protección de la salud en el modelo autonómico*, en A. Palomar Olmeda, J. Cantero Martínez (dirs.), *Tratado de Derecho Sanitario*, 2013, pp. 103-138.

22 Sáenz, F. M. B., & Miras, A. P., “El derecho a la protección de la salud desde una perspectiva multinivel y de Derecho comparado”. *Revista europea de derechos fundamentales* núm. 25, 2015, 299-331.

tiene un fin claro y era el de constituir un Sistema Nacional de Salud que estuviera integrado por las 17 CCAA. De ahí, la importancia de la integración, cohesión y coordinación entre los distintos poderes públicos.

Conviene afirmar que todas las CCAA han legislado sobre sanidad y han creado sus respectivos servicios de salud. Se puede, por ende, aseverar que las CCAA son la referencia para la protección efectiva del derecho a la salud²³.

En la última ola de reformas reforma estatutarias (2006-2011), se han incluido en los nuevos Estatutos declaraciones de derechos más o menos extensas que podemos denominar “derechos estatutarios” o “derecho prestacional universal de nueva generación”, algunos de los cuales, tratan la salud.

Por cuestiones de extensión, valga aquí con concluir que todos ellos buscar dotar de un mayor contenido al derecho a la protección de la salud²⁴.

A modo de reflexión final, la visión multinivel y comparada de la salud nos ha permitido entender cuáles son los fundamentos y la configuración jurídica del derecho a la salud. Existe un “núcleo mínimo de salud” que integra las dos visiones del constituyente: la individual (derecho a la protección de la salud, desde un enfoque prestacional y en conexión con la Seguridad Social) y la colectiva (el Derecho de la Salud Pública), tal y como recoge el art. 43 de la CE, en sus apartados 1 y 2. Sin olvidar la conexión con el derecho a la vida del art. 15 CE.

Si bien, a lo largo del análisis de este apartado, se aprecia como el Derecho de la Salud Pública ha pasado de alguna forma inadvertido, a pesar de existir el suficiente basamento jurídico como para haberlo desarrollado como disciplina autónoma.

Es por ello que, en este trabajo se defenderá la necesidad existente de introducir el *nomen iuris* citado y así dotar a esta disciplina (Derecho de la Salud Pública) de sus mimbres jurídicos a modo de reglas, principios, procedimientos, valores y normas que permitan atender a los nuevos retos de este siglo como defiende GOSTIN.

23 Solozábal Echevarría, J.J., “El derecho constitucional a la salud en el Estado autonómico”, en Gascón Abellán, M.C., González Carrasco, M.C., Cantero Martínez, J., (coords.), *Derecho sanitario y bioética. Cuestiones actuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 65-82.

24 Garrido Cuenca, N., “El derecho a la protección de la salud en los Estatutos de Autonomía: propuestas para un derecho prestacional universal de nueva generación”, en *Derecho sanitario y bioética. Cuestiones actuales*, 2016, pp. 125-166.

A lo largo del segundo apartado, se analizará la “norma de cabecera” del Derecho de la Salud Pública en España: la Ley 33/2011 General de Salud Pública.

El tema aquí estudiado no es baladí pues, solo con ciudadanos sanos, podrá un país gozar de bienestar social y progreso económico.

2. ANÁLISIS DE LA LEY 33/2011, DE 4 DE OCTUBRE, GENERAL DE SALUD PÚBLICA.

2.1 Del Preámbulo

El preámbulo de la citada norma lleva a cabo una delimitación objetiva de lo que debe entenderse por Derecho de la Salud Pública. El legislador reflexiona que no es el ámbito asistencial (derecho a la protección de la salud individual) el principal determinante de nuestro estado de salud, la salud se gana y se pierde en otros terrenos, a saber:

”...antes del nacimiento pueden producirse exposiciones a distintos factores que de forma indeleble determinen la salud futura, y desde el nacimiento hasta la muerte se van acumulando experiencias vitales positivas o negativas que perfilan la salud. El entorno familiar, la educación, los bienes materiales, las desigualdades sociales y económicas, el acceso al trabajo y su calidad, el diseño y los servicios de las ciudades y barrios, la calidad del aire que se respira, del agua que se bebe, de los alimentos que se comen, los animales con los que convivimos, el ejercicio físico que se realiza, el entorno social y medioambiental de las personas, todo ello determina la salud”.

Este desarrollo de una visión dual del derecho a la salud que proclama el art. 43.1 CE hace que, a pesar de que la vertiente individual (o prestacional) haya sido la más estudiada, el propio art. 3 de la LGS recoja como un principio general del ordenamiento jurídico sanitario la prevención y la promoción de la salud.

El preámbulo encomienda a los poderes públicos una intervención con el objetivo de mejorar la salud de la población. Recoge la norma el círculo virtuoso que supone la inversión en salud ya que logra: “*contribución decisiva al bienestar social*, tanto por el efecto neto de la ganancia en salud como por la contribución a la sostenibilidad de los servicios sanitarios y sociales, sin olvidar *la contribución a la sostenibilidad general por el aumento de*

la productividad asociada a la salud y por el efecto positivo que las políticas de cuidado del medio tienen en el entorno y en la salud humana”.

Los retos a los que se enfrenta la sociedad quedan resumidos en este Preambulo como sigue:

”El creciente envejecimiento de la población, el aumento de familias monoparentales, el debilitamiento de las redes familiares y sociales acentuados por urbanismos dispersos, la globalización y sus riesgos emergentes, el consumismo, el uso creciente de las nuevas tecnologías, el modo de vida sedentario, los efectos del cambio climático o la inmigración, son algunos de estos nuevos fenómenos sociales. Nuevas realidades que conviven con otras que no por más antiguas están del todo resueltas, como la discapacidad intelectual, la salud mental, la plena integración de grupos étnicos minoritarios, la reclusión penitenciaria o las distintas situaciones de exclusión social”.

En línea con todo lo anteriormente planteado a lo largo del capítulo primero, la norma hace mención a la solidaridad, la equidad, la globalización y la cooperación como mecanismos para gestionar el bien público común que es la salud poblacional. Asimismo, como si fuera una suerte de premonición de lo que estaba por venir, el legislador proclama que:

”Hoy las amenazas a la salud pública en el ámbito internacional no pueden detenerse o prevenirse mediante una sanidad de fronteras, de contención. Son la cooperación y la solidaridad las principales acciones de prevención, de ahí que no pueda abordarse la salud pública de cualquier territorio sin considerar la acción internacional como parte integrante de la política nacional de salud pública”.

Destaca también la altura de miras con la que el legislador conecta la salud con otros ámbitos de igual preocupación para la sociedad y el bien común: “la equidad es al fin y al cabo consustancial a la salud y sólo las sociedades que procuran la igualdad consiguen buenos resultados en salud”.

La salud es definida como: “una forma de vivir autónoma, solidaria y gozosa, proporciona junto con la educación las mejores oportunidades para que una sociedad tenga bienestar”.

La autonomía entendida como la libertad de escoger se ha visto mermada a lo largo de la pandemia. El legislador advierte que dicha libertad de escoger existe siempre que se sea consciente de las repercusiones que pueden tener las decisiones, para lo cual propone proporcionar una educación que desarrolle

la capacidad crítica y la madurez democrática. Es bien sabido que educación y salud son parte esencial para el sustento de una sociedad democrática, y de su consiguiente, Estado del Bienestar.

Lograr los mejores resultados en salud es uno de los principales fines de esta norma para lo cual se necesita de una ordenación de la sociedad que contemple:

”... un sistema de salud pública que aúne, coordine y medie en tres ámbitos de acción: 1) el propio de los dispositivos de salud pública; 2) las acciones de prevención y promoción de la salud en los servicios sanitarios, y 3) las acciones y programas que, sin ser sanitarios, tienen efecto sobre la salud y que gestionados adecuadamente pueden alcanzar sus objetivos primarios asegurando al tiempo los mejores resultados en salud”.

La introducción del necesario enfoque “salud pública en todas las políticas” queda recogido, entre otras ocasiones, cuando afirma que: “poner la salud y equidad en todas las políticas requiere una organización que permita una adecuada coordinación entre el sector salud y otros sectores, buscando las sinergias en sus políticas o la necesaria protección de la salud cuando éstas no sean posibles”.

La norma propone que:

”El desarrollo científico mundial sobre acciones y políticas de salud pública debe potenciarse a fin de que sea capaz de emitir recomendaciones fundamentadas científicamente, tal como ocurre en los ámbitos sanitarios asistenciales. En España se cuenta con suficiente desarrollo científico como para poder disponer de recomendaciones sólidas en salud pública y, si se dispone de la organización oportuna, avanzar considerablemente en el desarrollo de acciones basadas en el conocimiento”.

Para lo cual, la exposición de motivos alude a la idoneidad de esta norma que podrá avanzar en el desarrollo de una salud pública sólida a través de un fortalecimiento de los principios rectores de la salud en España y una reforma en los medios personales e institucionales que aseguren la inteligencia sanitaria en sanidad.

Una vez llevada a cabo una contextualización de los fines y fundamentos de la Ley 33/2011, y por ende, del fundamento jurídico para la existencia de un Derecho de la Salud Pública, en los siguientes apartados se analizarán los aspectos más relevantes de la norma.

2.2 Ámbito de aplicación de la norma

Respecto del ámbito de aplicación objetivo, su art. 1 dispone que el objeto de esta ley son: “las bases para que la población alcance y mantenga el *mayor nivel de salud posible* a través de las políticas, programas, servicios, y en general *actuaciones de toda índole* desarrolladas por los poderes públicos, empresas y organizaciones ciudadanas con la finalidad de actuar sobre los procesos y factores que más influyen en la salud, y así *prevenir la enfermedad y proteger y promover la salud* de las personas, tanto en la *esfera individual como en la colectiva*”.

Esta norma será de aplicación, de forma subjetiva a las: “administraciones públicas con carácter general y a los sujetos privados cuando específicamente así se disponga”.

Como se ha tratado en el capítulo primero, se trata de una norma estatal de carácter general dictada en base al art. 149.1.16ª y que será desarrollada no solo reglamentariamente a nivel estatal para poder desplegar todos sus efectos, sino que precisa de una legislación *ad hoc* por parte de las CCAA.

Por otro lado, desde un punto de vista de delimitación objetiva del Derecho de la Salud Pública, la ley en su art.1, define la salud pública como: “el conjunto de actividades organizadas por las Administraciones públicas, con la participación de la sociedad, para prevenir la enfermedad así como para proteger, promover y recuperar la salud de las personas, tanto en el ámbito individual como en el colectivo y mediante acciones sanitarias, sectoriales y transversales”.

Por último, la delimitación subjetiva del derecho de la salud pública recae en los ciudadanos nacionales de forma colectiva. Se trata de un derecho colectivo.

2.3 De los principios generales de la salud pública

Los principios generales del Derecho siempre se han entendido como una forma de inspiración jurídica que solía adoptar la forma de mandatos jurídicos de actuación.

La ley 33/2011 en su art. 3 dispone que las administraciones públicas y los sujetos privados, en sus actuaciones de salud pública y acciones sobre la salud colectiva, estarán sujetos a los siguientes principios:

I. Principio de equidad. Las políticas, planes y programas que tengan impacto en la salud de la población promoverán la disminución de las desigualdades sociales en salud e incorporarán acciones sobre sus condicionantes sociales, incluyendo objetivos específicos al respecto. Se considerará la equidad en todos los informes públicos que tengan un impacto significativo en la salud de la población. Igualmente, las actuaciones en materia de salud pública incorporarán la perspectiva de género y prestarán atención específica a las necesidades de las personas con discapacidad.

II. Principio de salud en todas las políticas. Las actuaciones de salud pública tendrán en cuenta las políticas de carácter no sanitario que influyen en la salud de la población, promoviendo las que favorezcan los entornos saludables y disuadiendo, en su caso, de aquellas que supongan riesgos para la salud. Asimismo, las políticas públicas que incidan sobre la salud valorarán esta circunstancia conciliando sus objetivos con la protección y mejora de la salud.

III. Principio de pertinencia. Las actuaciones de salud pública atenderán a la magnitud de los problemas de salud que pretenden corregir, justificando su necesidad de acuerdo con los criterios de proporcionalidad, eficiencia y sostenibilidad.

IV. Principio de precaución. La existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurran.

V. Principio de evaluación. Las actuaciones de salud pública deben evaluarse en su funcionamiento y resultados, con una periodicidad acorde al carácter de la acción implantada.

VI. Principio de transparencia. Las actuaciones de salud pública deberán ser transparentes. La información sobre las mismas deberá ser clara, sencilla y comprensible para el conjunto de los ciudadanos.

VII. Principio de integralidad. Las actuaciones de salud pública deberán organizarse y desarrollarse dentro de la concepción integral del sistema sanitario.

VIII. Principio de seguridad. Las actuaciones en materia de salud pública se llevarán a cabo previa constatación de su seguridad en términos de salud.

Tras la lectura de estos principios, es importante recalcar que, muchos de ellos han caído en "saco roto" a consecuencia de la falta de desarrollo normativo de la norma. Con la pandemia, se constata la actualidad e importancia de todos ellos. De ahí, la necesidad existente en torno al estudio de esta materia (el Derecho de la Salud Pública) a fin de poder dotarla de la sustantividad propia que precisa para su aplicación efectiva.

La doctrina afirma que la dimensión colectiva de la salud -la salud pública- y el derecho ha sido una materia poco estudiada por parte de los juristas. Por ello, respecto a los principios generales de esta materia recogidos por mor del art. 3, CIERCA, entre otros, disponen que: "para reconstruir los principios generales en salud pública -recogidos en el art. 3 de la LGSP- hay que hacer uso de la técnica del collage y coger de aquí y de allí; como si estuviésemos en presencia de un sector del ordenamiento jurídico incapaz de mostrar una sustantividad *in se stantibus*, necesitado, no obstante su centralidad, de las muletas prestadas por otros sectores más evolucionados como el Derecho Alimentario o el Derecho Ambiental en los que la impronta de la salud pública está muy presente"²⁵.

Sin duda, el Derecho de la Salud Pública precisa de una atención pormenorizada y personalizada a fin de crear un "sistema estructurado provisto de fundamentos, reglas y principios racionalmente enlazados entre sí"²⁶.

2.4 Estructura: medios instrumentales y personales

Para comprender la estructura normativa de la que se dota el Derecho de la Salud Pública en su LGSP dividiremos el presente epígrafe entre medios instrumentales (a saber; los mimbres para la planificación y coordinación que, a su vez, se concreta en medios institucionales) y medios personales (en que el trataremos sobre el personal profesional y la investigación en salud pública).

2.4.1 Planificación y coordinación de la salud pública

Ortega y Gasset²⁷ hablaba de que la vida era ante todo estructura y que una pésima estructura era

25 Cierco Seira, C. y Blanc Altemir, A., (coords.), *El Derecho ante la salud pública: dimensión interna, europea e internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 16-17.

26 Ibidem.

27 Ortega y Gasset, J., & Marías, J., *Meditaciones del Quijote*. Revista de Occidente. 1957.

mejor que ninguna. Lo cierto es que cualquier buena estructura se base en una estrategia que tiene como objetivo recoger los ejes que guiarán cualquier actuación que se lleve a cabo sobre la disciplina.

Es por ello que, arranca el art. 44 afirmado que la finalidad de Estrategia de Salud Pública es la de “propiciar que la salud y la equidad en salud se consideren en todas las políticas públicas y facilitar la acción intersectorial en esta materia”. Lo anterior, sigue el sentido que dispone la OMS con el enfoque “one health” y “salud en todas las políticas”. La estrategia incorpora las áreas de actuación sobre “factores condicionantes de la salud” así como “las acciones de investigación en salud pública” de los arts. 47 a 49 de la norma. Asimismo, el citado precepto estipula que la estrategia debe ser aprobada por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y que tendrá una duración de 5 años y será evaluada con periodicidad bienal. Es ilustrativo de, cómo la salud pública hasta la fecha no ha sido una prioridad en la agenda política, que la última estrategia aprobada date del 18 de diciembre de 2013²⁸. Caducada desde 2018, y sin visos de ser renovada próximamente, se está desaprovechando una forma de introducir todo el aprendizaje que la pandemia ha traído consigo.

Una vez analizada la planificación que se ejemplifica en la aprobación de la citada estrategia, conviene atender a los medios institucionales de que se sirve para poder convertir el deseo en acción.

Así, el art. 45 regula la creación y composición del Consejo Asesor de Salud Pública. Se trata de un órgano consultivo y de asistencia a la persona titular del Departamento en la formulación de la política sanitaria y bienestar social. Su composición y régimen de funcionamiento se debe regular por su normativa específica. El precepto contempla la necesidad de que las CCAA estén representadas, así como el resto de las partes interesadas.

Por su parte, el art.46 regula el Comité Consultivo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Se trata de un “órgano especializado, colegiado y permanente de consulta y participación social en las políticas de salud pública, de tal modo que se asegure una adecuada gobernanza del sistema”.

Por último, el art. 47 regula el Centro Estatal de Salud Pública, aun sin crear desde el año 2011. Si bien, si algo bueno ha traído la pandemia es el hecho de haber aprendido que las amenazas sanitarias son

las guerras híbridas de este siglo y los grandes retos a los que debemos hacer frente. Por tanto, el nuevo Plan de mejora del sistema estatal de Salud Pública y Vigilancia Epidemiológica cuenta con tres pilares:

- el desarrollo de una estrategia de salud pública
- el impulso a la red de vigilancia epidemiológica
- y la creación de dicho Centro Estatal.

Se comprometieron 5 millones de euros de los Presupuestos Generales del Estado de 2021 para la creación de dicho organismo que aspira a ser la “joya de la corona” de la salud pública en España aunando toda la inteligencia existente en la materia. La propuesta de regulación que deberá llevarse a cabo a través de un real decreto en el que se concreten funciones y personal está en fase de elaboración en colaboración con la Sociedad Española de Salud Pública (SESPAS). Aun a fecha actual, se discute su sede, denominación, número de personas empleadas y funciones específicas. Lo cierto es que deberá trabajar en red de forma vertical para integrar y estar en coordinación con la OMS y la UE, así como con las CCAA. Expertos apuntan como ejemplo a seguir el Instituto Robert Koch de Alemania. Por el momento, conviene remitirse al objetivo que le atribuye el citado precepto en su art. 47.2 cuando dispone: “asesoramiento técnico en materia de salud pública y la evaluación de intervenciones en salud pública en el ámbito de la Administración General del Estado. Asimismo, llevará a cabo labores de asesoramiento técnico y científico y de evaluación de intervenciones de salud pública en el ámbito de otras Administraciones”. Sin olvidar: “el seguimiento y la evaluación de la Estrategia de Salud Pública y coordinará las acciones desarrolladas por los centros nacionales de salud pública” en su art. 47.3. Esperemos que de la teoría a la práctica se consiga satisfacer el fin último: estar preparados para las siguientes crisis sanitarias.

2.4.2 Medios personales e investigación en salud pública

EMERSON decía que las instituciones deben ser reflejo de la sociedad que las ambiciona. Dando un paso más allá, las personas no son medios sino más bien un fin en sí mismo. De ahí, la importancia de formar y desarrollar, de forma específica, un personal en salud pública.

La salud pública se caracteriza por ser multidisciplinar y precisa, por tanto, de un enfoque holístico muy en consonancia con el mundo en el que

²⁸ <https://www.msrebs.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/Estrategia/docs/EstrategiaPromocionSalud-yPrevencionSNS.pdf>

vivimos. Es por ello que, el art. 48.2 LGSP afirma que: “la salud pública tiene carácter multidisciplinar, y el personal profesional de la salud pública tiene el deber de seguir una formación continua a lo largo de la vida, que además deberá ser adecuada a su nivel de responsabilidad y competencia para garantizar un correcto ejercicio profesional”. La norma compele a que la Administración Pública facilite “la formación continuada como una parte del desarrollo profesional en salud pública y como una inversión estratégica” en su apartado tercero.

Por su parte, el capítulo II del título IV recoge la investigación en el desarrollo de las políticas de salud pública. El art. 49 alude a las prioridades de dicha investigación que conecta, de forma directa, con el “cuadro de mandos” que supone la citada estrategia: “la Estrategia de Salud Pública determinará los ámbitos relativos a salud pública y sus condicionantes sociales en los que, por la especial incidencia en el conjunto de la población, sea de particular interés la promoción de la investigación”. Asimismo, resulta interesante el mandato regulado en el art. 50 de la norma cuando dispone que: “las Administraciones sanitarias promoverán la investigación y la comunicación de sus resultados en la actividad de los profesionales en salud pública”.

2.5 El contenido positivo del Derecho de la Salud Pública

El título II de la LGSP es el encargado de regular el contenido, en su vertiente positiva, del Derecho de la Salud Pública. A lo largo de sus nueve capítulos dota de significado sustantivo a este derecho. Cabe aquí hacer una enumeración de todos ellos para luego pasar a detenernos en algunos de ellos:

- I. La vigilancia en salud pública
- II. Promoción de la salud
- III. Prevención de problemas de salud y sus determinantes
- IV. La coordinación de la promoción de la salud y la prevención de enfermedades y lesiones en el Sistema Nacional de Salud
- V. La gestión sanitaria como acción de salud pública
- VI. Protección de la salud de la población
- VII. Evaluación del impacto en salud de otras políticas
- VIII. Sanidad exterior y salud internacional
- IX. Sistema de Información en Salud Pública

Por razones de limitación en la extensión de este trabajo, solo podremos detenernos en tres de los nueve capítulos que conforman el contenido positivo del Derecho de la Salud Pública. Aquellos que suponen los ejemplos más paradigmáticos de lo que ha solido ser siempre el estudio y entendimiento de esta disciplina.

2.5.1 Promoción de la salud

El art. 16.1 comienza haciendo una conceptualización de lo que incluye la promoción de la salud: “las acciones dirigidas a incrementar los conocimientos y capacidades de los individuos, así como a modificar las condiciones sociales, laborales, ambientales y económicas, con el fin de favorecer su impacto positivo en la salud individual y colectiva”.

El citado precepto dispone que el Ministerio de Sanidad en colaboración con las CCAA establecerá y actualizará criterios de buenas prácticas para las actuaciones de promoción de la salud y fomentará el reconocimiento de la calidad de las actuaciones. También se contempla la participación ciudadana, ya sea directamente como a través de las organizaciones sociales. Por otro lado, dichas “actuaciones de promoción de la salud prestarán especial atención a los ámbitos educativo, sanitario, laboral, local y de instituciones cerradas, como hospitales o residencias”.

Por su parte, el art. 17 establece medidas de fomento “en relación con los grupos más desfavorecidos o discriminados en cuestiones de salud pública”. Asimismo, dispone que se promoverá la integración de la salud pública como parte esencial de la responsabilidad social corporativa.

En el mundo de la posverdad, cobra especial importancia lo dispuesto en el art. 18.1 cuando afirma que las Administraciones Públicas “velarán por que la información sobre salud dirigida al público sea *veraz* y cumpla con las previsiones de esta ley, especialmente cuando sea difundida a través de los medios de comunicación social”.

El art. 18.4 dispone que “las Administraciones públicas sanitarias contarán con la colaboración de los medios de comunicación para difundir recomendaciones sobre salud pública”. Durante la pandemia, se ha apreciado dicha colaboración, pero también, y en buena medida, ha gobernado el reino del miedo y de la desinformación. Es difícil evaluar lo que nunca antes había existido, pero sí que se aprecia espacio de mejora²⁹.

²⁹ Pérez Oliva, M., “Fake news: la posverdad como arma de desinformación masiva” en del Llano, J. y Camprubí, L.

2.5.2 Prevención de problemas de salud y sus determinantes

Según el art. 19, la prevención tiene como objetivo: “reducir la incidencia y la prevalencia de ciertas enfermedades, lesiones y discapacidades en la población y atenuar o eliminar en la medida de lo posible sus consecuencias negativas mediante políticas acordes con los objetivos de esta ley”.

El apartado segundo, se encarga de enumerar actuaciones a llevar a cabo por parte de la Administración Pública en el ámbito de sus competencias que van desde la dirección de políticas preventivas sobre los determinantes de la salud, la implementación de programas de prevención de la zoonosis y enfermedades emergentes hasta el impulso de acciones de prevención primaria como la vacunación.

Por su parte, el apartado tercero recoge las competencias sobre la materia del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud que acordará:

- Un calendario único de vacunas en España. Las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla sólo podrán modificarlo por razones epidemiológicas.
- La lista de acciones preventivas poblacionales e individuales que son recomendables.
- Las acciones preventivas comunes que reúnan los criterios para ser implantadas en todo el territorio.
- La valoración periódica de los programas preventivos comunes, la inclusión de nuevos programas o la suspensión de aquellos que no cumplan los objetivos para los que fueron diseñados.

Por último, el citado precepto da paso a la participación ciudadana activa ya sea directamente como por medio de organizaciones sociales lo que se aprecia en la reciente consulta pública para la creación del Centro Estatal en Salud Pública.

2.5.3 La gestión sanitaria como acción de salud pública

Dicha regulación resulta especialmente interesante, y más, una vez constatado el importante papel que la (falta de) gestión ha tenido durante la pandemia.

Según el art. 25 el objetivo principal de la gestión sanitaria “será la mejora de la salud de la población y la reducción de los desequilibrios sociales y territoriales, de conformidad con los artículos 3, 6, 8 y 12 de Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y según lo establecido en esta ley”.

La gestión sanitaria comienza en el área de salud, es por ello que, el art. 26 dispone que “órganos que forman las áreas de salud tendrán en todo caso en cuenta las acciones dirigidas a la mejora de la atención comunitaria, la *prevención de la enfermedad*, la *protección* y la *promoción* de la salud”. Por tanto, se aprecia como se trata de una introducción de la salud pública en todas las políticas, y de forma concreta, en todas las acciones sanitarias y a todos los niveles asistenciales.

El art. 26. 2 determina que la gestión sanitaria “deberá guiarse por los *resultados de salud* que serán explicitados con una periodicidad mínima de cinco años y presentados en los consejos de salud del área”.

Por último, el apartado tercero, recoge la idea de que los centros sanitarios debe ser centros promotores de la salud. Para lo cual, deberán abordar planes de promoción de salud en coordinación con la unidad directiva competente en salud pública de la comunidad o ciudad autónoma y siguiendo las directrices de la OMS.

2.6 Salud Pública en tiempos de excepción

2.6.1 La vertiente negativa del Derecho de la Salud Pública

Conviene tener en mente que el Derecho de la Salud Pública posee una vertiente tanto positiva como negativa debido a su configuración como derecho-deber³⁰.

En general, ha sido más reconocida y legislada la vertiente positiva de este derecho, prueba de ello es el enfoque regulador que opera en el LGSP, como por ejemplo puede ser la faz de promoción o prevención que recoge la norma (véase epígrafe 2.5).

Si bien, existen ocasiones extraordinarias, en virtud de las cuales, los poderes públicos deben intervenir dando paso a la vertiente negativa del Derecho de la Salud Pública que a su vez se deslinda:

30 De Montalvo Jääskeläinen, F., *La salud pública como límite constitucional de derechos*, en Palomar Olmeda, A. y Cantero Martínez., J(dirs.), Tratado de Derecho Sanitario, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, Thomson-Reuters, 2013, pp. 1009-1013.

(coords) en *Sociedad entre Pandemias*, Fundación Gaspar Casal, 2020, pp. 441-459.

- Ante situaciones ordinarias o de normalidad: como puede ser en el marco de la prevención la ejecución errónea de una campaña de vacunación porque no se dirige a la población diana correcta.
- Ante situaciones extraordinarias o anormales: se trata de situaciones de emergencia en las que existe un riesgo inmediato o potencial y entran en juego las prerrogativas de que disfruta la Administración Pública a través de sus poderes de policía, como por ejemplo puede suceder con el cierre de establecimientos o locales, la imposición de cuarentenas etc.

La justificación constitucional de la prevalencia del Derecho de la Salud Pública frente al derecho a la propiedad privada o la libertad de circulación es posible en base a la teoría de limitación de derechos fundamentales que entiende que éstos poseen un carácter limitativo y no absoluto, tal y como recoge, entre otras, la STC 24/2015 o la más reciente STC 148/2021 de 14 de julio.

En cada caso, se deben de ponderar los derechos en conflicto sabiendo que como afirmara Cicerón “salus populi, suprema lex esto” o en palabras del TC: “existen, ciertamente, fines sociales, que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismo valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución”.

Ahora bien, la tutela a la salud pública como bien jurídico común a proteger no puede entenderse como una “carta en blanco” que permita limitar sin garantías los derechos y libertades de los ciudadanos. Prueba de ello, ha sido el debate en torno a constitucionalidad del estado de alarma que ha venido a solventar la STC 148/2021 de 14 de julio de 2021³¹. Antes de abordar dichos entresijos, conviene entender el estatus jurídico de la tutela de la salud pública, para lo que debemos comenzar tratando su marco regulador.

Conviene puntualizar que dicho marco regulador corresponde a la vertiente o contenido “negativo” del Derecho de la Salud Pública ya que, ante situaciones de riesgo y emergencia sanitaria, *ceden* otros derechos, a favor de la preponderancia de dicho Derecho de la Salud Pública como se verá en las siguientes líneas.

31 https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-13032

2.6.2 El régimen jurídico nacional de la tutela a la salud pública ante situaciones de riesgo y emergencia

1) *La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOAES)*

Antes de iniciar una somera explicación de las principales aportaciones de su articulado, sobre todo, en lo concerniente a los estados de alarma, resulta interesante hacer mención a las palabras del entonces Ministerio de Interior Rosón Pérez³² en la defensa de este proyecto de ley:

“...lo deseable sería que no fuera preciso aplicarla ni ponerla en marcha. Pero los supuestos que determinan su promulgación no son hechos inventados o que no puedan nunca producirse. *Son hechos cuya realidad nos enseña la historia de los pueblos, la historia de los sistemas políticos, y nos muestra, con alguna frecuencia, la experiencia. (...)*”

El encaje constitucional que sostiene la promulgación de la citada norma se encuentra recogido en el art. 116 CE, en concreto, el apartado segundo es el concerniente al estado de alarma.

Por su parte, el capítulo II de la citada ley orgánica, regula el estado de alarma. En concreto, el art. 4b recoge el supuesto de hecho que nos ocupa: “crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves”.

Mucho se ha discutido sobre la idoneidad jurídica del estado de alarma, cierto sector de la doctrina³³ defiende el cauce instrumental elegido argumentando que: “el extraordinario, manifiesto y el potente intervencionismo del poder ejecutivo sobre los derechos fundamentales mediante un instrumento de excepcionalidad constitucional se justifica por la urgencia y necesidad de una epidemia como la concurrente”.

Conviene aquí traer a colación, la interpretación que el Tribunal Constitucional lleva a cabo del RD 463/2020 de 14 de marzo en relación a la constitucionalidad de la declaración del primer estado de alarma, se decanta el citado Tribunal por una interpretación integradora pues dice que: “lo que se cuestiona no es, ha de reiterarse, las medidas en sí, sino su adecuación al estado de alarma declarado”.

32 Diario de Sesiones Congreso de los Diputados. 21 DE ABRIL DE 1981.-NOM. 160, pág 9875-6. http://www.congreso.es/public_oficiales/L1/CONG/DS/PL/PL_160.PDF. Ministerio del Interior Rosón Pérez. Comisión Constitucional

33 Antequera Vinagre, J.M, “Breve análisis...cit., p.78.

Continúa diciendo que: “aunque la causa primera de la perturbación sea una epidemia, la situación que el poder público debía afrontar se ajustaba también a los efectos perturbadores que justificarían la declaración de un estado de excepción”.

Lo anterior, de alguna manera, viene a corroborar que existe un *descuadre* jurídico no solo en la posible discrecionalidad que la ley permite en cuanto a las *medidas* a adoptar de restricción de derechos fundamentales sino de la propia *cobertura jurídica* que justifica su aplicación. No se puede convertir el estado de alarma en un sucedáneo del estado de excepción pues se corre el riesgo de “limitar derechos sin decirlo” en palabras del TC.

Por último, el TC se remite a las palabras del Consejo de Estado (algunas ya transcritas) o a las del Tribunal Supremo para expresar que se debería dar respuesta a ciertos cambios normativos cuando dispone que: “solo el legislador democrático puede adoptar tales reformas normativas”. Cita a la STS 719/2021 de 24 de mayo que afirma que existe una: “necesidad de una interpretación evolutiva de la Norma Fundamental que se acomoda a las realidades de la vida... como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad”.

2) La Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública (LOMESP)

La norma comienza en su art. 1 recogiendo el objeto de la misma que es: “proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro...” para la cual permite que las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas pueden adoptar las medidas previstas en la Ley cuando así lo exijan “...razones sanitarias de urgencia o necesidad”.

Entre las medidas, su art. 2 dispone: “reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control” siempre que “se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población”.

Para el ámbito de contención de las pandemias, conviene remitirse a lo dispuesto en el art. 3: “con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”.

Por último, el art. 4 recoge las medidas a adoptar con el objetivo de asegurar el abastecimiento de productos o medicamentos sanitarios.

Si bien, el núcleo central de la vertiente negativa del Derecho de la Salud Pública queda recogido en la LOMESP, el basamento normativo de la tutela a la salud pública se complementa con lo dispuesto en la LGS en sus arts. 25.4 y 26.1 que recogen la posible intervención administrativa pertinente y las medidas preventivas ante un riesgo inminente y extraordinario.

Por su parte, la LGSP en su art. 54 regula las medidas especiales y cautelares ante casos tasados para asegurar la salvaguarda de la salud pública como se verá en el siguiente apartado.

Del anterior somero análisis se pueden extraer las siguientes conclusiones:

I. Las medidas nacionales de tutela a la salud pública son breves y genéricas. Existe un amplio margen de discrecionalidad a favor de la Administración Pública en tanto en cuanto la legislación en vigor produce una suerte de “carta blanca” llena de conceptos abstractos e indeterminados al estilo de “medidas oportunas” o “las que se consideren necesarias”.

II. Se trata de una materia especialmente sensible debido a su conexión y afectación a derechos fundamentales como la intimidad corporal (art. 18.1 CE), la integridad física (art.15.1CE) o la libertad deambulatoria (art. 17.1 CE). Para lo cual se precisa de reserva judicial, esto es, de una necesaria autorización judicial.

III. Existe una falta de garantías que salvaguarden los derechos fundamentales debido a la parquedad en las cautelas que la norma regula.

Por su parte, la doctrina con ANTEQUERA³⁴ a la cabeza dispone respecto a esta ley orgánica que se trata de: “un instrumento jurídico-sanitario que, si bien afecta a derechos fundamentales, no sería un instrumento de gestión, planificación, gobernanza y administración de crisis sanitarias que afectarían al conjunto de las Comunidades Autónomas...”. Concluye que ante un escenario de nueva normalidad: “puede ser un mecanismo útil para rebrotes delimitados en grupos de personas o espacios territoriales más concretos, identificables y controlables”.

34 Antequera Vinagre, J.M, “Breve análisis de los instrumentos jurídicos de reacción rápida y de gestión jurídica frente al sars-cov-2. La necesidad de una reingeniería jurídica en salud pública”. *Revista Derecho y Salud*, num 30, 2020.

Conviene traer a colación las palabras del Consejo de Estado en su reciente dictamen 213/2021³⁵ respecto a la valoración jurídica que hace de la LOMESP: “la Ley Orgánica 3/1986 contiene una regulación en extremo genérica de las medidas especiales en materia de salud pública limitativas de derechos fundamentales y libertades públicas y no efectúa remisión alguna al legislador autonómico. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que se trata de una ley aprobada hace casi cuarenta años que no contiene una regulación acabada de su núcleo orgánico, como se desprende de la lectura de sus tres primeros artículos -consta únicamente de cuatro- líneas arriba transcritos, por lo que podría resultar insuficiente para hacer frente, de acuerdo con los principios constitucionales de eficacia administrativa y seguridad jurídica, a las necesidades a las que se enfrentan las autoridades sanitarias competentes”.

3) *La Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP)*

Como se decía con anterioridad, conviene transcribir el art. 54 LGSP:

“1. Sin perjuicio de las medidas previstas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, con carácter excepcional y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria *gravedad o urgencia*, la Administración General del Estado y las de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán adoptar *cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley*.”

2. En particular, *sin perjuicio de lo previsto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad*, la autoridad competente podrá adoptar, mediante resolución motivada, las siguientes medidas:

- a) La inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias.
- b) La intervención de medios materiales o personales.
- c) El cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias.
- d) La suspensión del ejercicio de actividades.
- e) La determinación de condiciones previas en cualquier fase de la fabricación o comercialización de productos y sustancias, así

como del funcionamiento de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias a que se refiere esta ley, con la finalidad de corregir las deficiencias detectadas.

f) Cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud incluida la suspensión de actuaciones de acuerdo a lo establecido en el Título II de esta ley.

3. Las medidas se adoptarán previa audiencia de los interesados, salvo en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población y su duración no excederá del tiempo exigido por la situación de riesgo que las motivó. Los gastos derivados de la adopción de medidas cautelares contempladas en el presente artículo correrán a cargo de la persona o empresa responsable.

Las medidas que se adopten deberán, en todo caso, respetar el principio de proporcionalidad”.

Sobre el contenido material de lo aquí recogido, así como su encaje normativo respecto a la LGS y LOMESP, se tratará a lo largo del apartado tercero.

4) *La Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID*

La presente ley viene a convalidar al anterior Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio. En su exposición de motivos se recoge que:

“Adicionalmente, la amplitud y gravedad de esta crisis sanitaria han puesto de manifiesto determinadas *carencias en la regulación contenida en nuestra legislación ordinaria*, al margen de la declaración del estado de alarma, para hacer frente a crisis sanitarias de esta o similar naturaleza. Por ello *se considera también necesario acometer una serie de modificaciones puntuales de la legislación sanitaria* de modo que se garantice a futuro la articulación de una *respuesta eficaz y coordinada* de las autoridades sanitarias ante este tipo de crisis”.

Sobre las deficiencias y propuesta de mejora normativa se hablará en siguientes apartados, baste aquí destacar, de forma sucinta, algunas de las claves de la citada ley:

I. La regulación de mecanismos jurídicos de reacción rápida denominados: “actuaciones coordinadas en salud pública”.

35 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2021-213>

II. La contemplación del deber general de cautela y protección de todos los ciudadanos.

III. La definición de un marco general de planificación en los centros, servicios y establecimientos sanitarios en su art. 8

IV. La modificación del art. 65 de Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que contempla una nueva situación jurídico-sanitaria de excepcionalidad: “actuaciones coordinadas en salud pública y en seguridad alimentaria”.

En palabras de ANTEQUERA³⁶, y como introducción a lo que se tratará más adelante conviene hacer mención a:

“El virus SARS-CoV-2 y la enfermedad que produce (la Covid-19) ha generado, usando terminología clínica, una evidente neumonía bilateral a nuestro ordenamiento jurídico, cuyo tratamiento debería ser mucho *consenso parlamentario, adecuado derecho creativo, y una refundación en el seno de las leyes sanitarias de excepcionalidad*”.

5) *La Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LRJCA)*.

El art. 8.6 de la citada norma fue modificado en el año 2000 para regular la competencia de los juzgados de lo contencioso-administrativo a la hora de autorizar o ratificar la adopción de las medidas que las autoridades sanitarias estimen “urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental”.

A la luz de lo anterior, se puede afirmar que la finalidad de dicha autorización judicial es proteger los derechos y libertades de los ciudadanos frente a la adopción de medidas sanitarias.

El espíritu del art. 8.6 de la LRJCA es más garantista que la propia CE que dispone solo la autorización judicial para la salvaguarda de algunos derechos fundamentales, pero no todos. En cambio, el art. 8.6 lo contempla para todos.

Resulta imprescindible por su novedad y relevancia hacer mención a la modificación operada en el art. 10 LRJCA por mor de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la

Administración de Justicia. En concreto, conviene detenerse en el nuevo apartado 8 en vigor desde el pasado 20 de septiembre que otorga una nueva competencia a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia:

“Conocerán de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente”.

Lo anterior, es prueba de la necesidad de adecuarse a una realidad cambiante y exigente.

6) *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 (LAP)*

La doctrina con SALAMERO³⁷ dispone que podrán realizarse intervenciones clínicas sin el consentimiento del paciente cuando exista un riesgo para la salud pública siempre y cuando estas intervenciones, realizadas al amparo de la LOMESP, sean puestas en conocimiento de una autoridad judicial en el plazo de 24 horas si suponen un internamiento forzoso (art. 9.2.a).

Así, se aprecia como el deber de recabar el consentimiento del paciente también cede ante situaciones de riesgo para la salud pública siempre que se cumplan una serie de requisitos.

2.6.3 Las deficiencias de la regulación actual

Del anterior análisis del régimen jurídico de la tutela de la salud pública en España (o lo que es lo mismo del contenido negativo del Derecho de la Salud Pública) se percibe una falta de seguridad jurídica que la doctrina³⁸ ha corroborado y la pandemia en curso ha subrayado.

Podría afirmarse que nuestro marco regulador adolece de una mala salud que se evidencia en deficiencias en:

37 Cierco Seira, C., y Blanc Altemir, A., (coords.), *El Derecho ante la salud pública: dimensión interna, europea e internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 151.

38 Cierco Seira, C., “La necesaria actualización de la legislación española en materia de salud pública”, *Derecho y Salud*, núm. 17, 2009, pp. 23-4; del mismo autor, «Emergencias de salud pública y medicamentos», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 184, 2017, pp. 148-151.

36 Antequera Vinagre, J.M., “Breve análisis...cit., p.83.

- El proceso de toma de decisiones por parte de la Administración en contextos de emergencia o riesgo para la salud pública, puesto que carece de un marco normativo que cumpla con los necesarios requisitos de certeza y previsibilidad. O, dicho de otra manera, la existencia de una discrecionalidad desmesurada por parte del brazo ejecutor del poder ejecutivo.
- El proceso de autorización judicial de la jurisdicción contencioso-administrativa, con la consiguiente debilidad de los mecanismos de garantía de los derechos de los ciudadanos frente a la adopción de este tipo de medidas. O, en otras palabras, la falta de suficientes garantías para los ciudadanos ante la aplicación de dichas medidas sanitarias.

En resumen, el marco jurídico actual adolece, en cierta medida, de la necesaria estructura (cuerpo normativo) en torno a la concreción de un catálogo mínimo de medidas susceptible de adoptarse, la determinación de los criterios que justifican la concurrencia de una situación de riesgo y emergencia y el modo o procedimiento de adopción y ejecución de dichas medidas. Asimismo, requiere de un desarrollo de los principios inspiradores de la tutela a la salud pública, así como una determinación de la intervención judicial y la existencia de mecanismos de vigilancia y revisión de la ejecución de las medidas adoptadas.

En palabras del Consejo de Estado como supremo órgano consultivo del Gobierno y por mor de lo dispuesto en su dictamen 213/2021 afirma que: “el contenido de la regulación estatal transcrita (LOMESP, LGS, LGSP) pone de manifiesto que las medidas contenidas en estas leyes son meramente ejemplificativas, de forma que las autoridades sanitarias competentes pueden adoptar, en caso de riesgo grave para la salud pública, cualesquiera otras que se encuentran sanitariamente justificadas”.

A modo de conclusión de este punto, y antes de discurrir en el apartado siguiente sobre una propuesta de mejora normativa de la actual legislación, conviene remitirse a la valoración que hace la doctrina³⁹ cuando afirma que:

“Las anteriores deficiencias regulatorias se traducen en una evidente debilidad de los mecanismos de garantía de los derechos de los ciudadanos frente a la adopción de medidas sanitarias.

³⁹ Salamero Teixidó, L, “La salud pública como límite a los derechos y libertades individuales en situaciones de riesgo y emergencia”, en Cierco Seira, C. y Blanc Altemir, A. (coords.), *El Derecho ante la salud pública: dimensión interna, europea e internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 155.

La Administración dispone de un amplio margen decisorio y los juzgados de lo contencioso-administrativo, de escasos parámetros de enjuiciamiento y control de la medida en el proceso de autorización o ratificación, la mayoría de los cuales, por demás, no han sido positivizados por la norma y son única y exclusivamente de creación jurisprudencial. El fin de protección de la salud pública no puede convertirse en una carta en blanco de apoderamiento para la Administración que le permita hacer y deshacer sin restricciones”.

La salud, definida como una forma de vivir autónoma, solidaria y gozosa, proporciona junto con la educación las mejores oportunidades para que una sociedad tenga bienestar. La salud, definida como una forma de vivir autónoma, solidaria y gozosa, proporciona junto con la educación las mejores oportunidades para que una sociedad tenga bienestar. La salud, definida como una forma de vivir autónoma, solidaria y gozosa, proporciona junto con la educación las mejores oportunidades para que una sociedad tenga bienestar.

3. PROPUESTAS DE MEJORA NORMATIVA PARA UN NUEVO DERECHO DE LA SALUD PÚBLICA

A la luz del anterior apartado, se constata la existencia de un marco legal que puede provocar cierta inseguridad jurídica.

Es por ello que, a lo largo de este epígrafe, se desarrollarán una serie de propuestas de reforma normativa *lege ferenda* desde un punto de vista formal y material con el fin último de tratar de señalar algunas de las “líneas maestras” sobre el contenido del Derecho de la Salud Pública con una doble vertiente positiva y negativa, haciendo especial hincapié a la negativa, a tenor de las exigencias que la pandemia ha producido.

3.1 El encaje formal del Derecho de la Salud Pública

La realidad es que la LGSP nació con la vocación de dar respuesta a muchas de las deficiencias que existían en torno a la regulación sanitaria en España. Pero, tal y como se apuntaba en líneas anteriores, la norma pecó en exceso de una regulación de la vertiente positiva de la salud pública pasando muy por encima respecto de su vertiente negativa que reguló en su art. 54 y ss, y, sobre todo, dejó en manos de la LOMESP y LGS.

Se entiende así que ha llegado el momento de llevar a cabo una propuesta de reforma normativa que permita introducir el planteamiento del Derecho de la Salud Pública (con sus dos vertientes) en la LGSP.

El problema formal radica en que dicha vertiente negativa y las distintas medidas especiales a adoptar ante situaciones de riesgo y emergencia sanitaria tienen una clara afición a los derechos y las libertades de los ciudadanos. Por ello, es que debería regularse a través de una ley orgánica siguiendo lo dispuesto en el art. 81 CE, así como queda respaldado por la doctrina constitucional.

Si bien, un sector de la doctrina apuesta por su inserción en la LGSP a través de lo que acuñan como “ley parcialmente orgánica”⁴⁰. En palabras de SALAMERO⁴¹: “sin duda, la utilización de la LGSP en el sentido descrito constituiría un marco normativo óptimo. Se unificaría en un único texto de carácter básico, un cuadro común y mínimo de reacción frente a situaciones de riesgo para la salud pública de distintas intensidades”.

Si bien, esta “pseudo norma jurídica” no estaría avalada como tal por parte del TC ya que, siguiendo la STC 1/1985, de 13 de febrero de 1985 cuando afirma que “el legislador, al elaborar una ley orgánica, podrá sentirse inclinado a incluir en ella el tratamiento de cuestiones regulables también por vía reglamentaria [y por extensión por ley ordinaria], pero que en atención a razones de conexión temática o de sistematicidad o de buena política legislativa considere oportuno incluir junto a las materias estrictamente reservadas a la ley orgánica”.

Por lo tanto, parece ser que lo que contempla y avala la doctrina constitucional es que una ley orgánica regule materias conexas que por razones de mejora regulatoria o eficiencia jurídica tenga sentido incluir en la ley orgánica. Eso sí, teniendo en cuenta que se produciría una congelación de rango de las materias conexas a consecuencia de un tratamiento reforzado propio de las especialidades que trae consigo la consideración de una norma como orgánica salvo que queden expresamente excluidas de dicha naturaleza.

Dicha cuestión formal no es baladí, de poder superarse y siguiendo a SALAMERO⁴²:

“De poder superarse esta cuestión formal, sin duda sería una solución óptima que la LGSP

disciplinara la vertiente negativa junto a positiva de la salud pública, regulando de forma completa el marco de respuesta frente a situaciones de amenaza para la salud pública. Solo sería necesaria una mayoría absoluta en el Congreso que aprobara la totalidad del texto de la norma para dotar de rango orgánico a aquellos preceptos que tuvieran proyección sobre los derechos y libertades fundamentales de los artículos 15 a 29 de la CE. Manteniendo la terminología empleada, se trataría de una ley parcialmente ordinaria”.

La doctrina con SALAMERO a la cabeza afirma que, de no poder llegar a la propuesta anterior planteada, otra opción sería mantener la estructura formal actual donde la ley orgánica se encarga de regular aquello que afecta a derechos y libertades de los ciudadanos, y el resto de las actuaciones, quedan reguladas en la LGSP. Si bien, dispone que ambas normas deberían ser repensadas.

Si bien, parece que, en este caso, la solución puede venir de la mano del Consejo de Estado en su dictamen 213/2021 cuando dispone que:

“El Tribunal Constitucional ha admitido la “colaboración internormativa” entre las leyes orgánicas y las leyes ordinarias, estatales o autonómicas, siempre que exista una “remisión” al legislador ordinario que no puede consistir en un “reenvío en blanco o con condiciones tan laxas que viniesen a defraudar la reserva constitucional en favor de la Ley Orgánica”; añadiendo que esta remisión “es difícil de obviar” cuando se trata del “desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas”; para concluir que “la opción del legislador orgánico de deferir a la ley, positivamente condicionada por sus normas, la integración de algunos de sus enunciados, deviene imperativo constitucional cuando de articular las competencias estatales con las autonómicas se trata” (Sentencia 137/1986, de 6 de noviembre, FJ 3)”.

Por lo tanto, lo que aquí se propone es un desarrollo normativo de la vertiente negativa del Derecho de la Salud Pública con un doble enfoque formal:

I. De un lado, la LOMESP se encargará de concretar las medidas tasadas a adoptar ante situaciones de emergencia y riesgo sanitario debido a la repercusión que las mismas producen en los derechos y libertades de los ciudadanos.

II. De otro lado, la LGSP regulará los criterios y procedimientos que justifican la adopción de dichas medidas.

40 De Montalvo Jääskeläinen, F., “La salud pública...”, *cit.*, pp. 1021.

41 Salamero Teixidó, L., “La salud ...”, *cit.*, pp. 158.

42 Salamero Teixidó, L., “La salud...”, *cit.*, pp. 158-159.

Por ello, la LOMESP llevaría a cabo un reenvío a los criterios y procedimientos de la LGSP. No se trataría de una remisión en blanco sino de un reenvío a los aspectos conexos y no sustantivos tal y como apoya la doctrina constitucional aludida *supra* evitando así a una congelación de rango y produciendo un claro ejemplo de unificación, sistematización y eficiencia normativa.

Por otro lado, conviene no olvidar que ambas normas (LGSP y LOMESP), orgánica y ordinaria, no dejan de ser normas básicas que deben ser desarrolladas no solo reglamentariamente a nivel estatal sino también de forma ordinaria y reglamentaria por parte de las distintas CCAA.

Por último, resulta oportuno por su actualidad hacer una breve reseña sobre el fondo más que la forma y es que hay dos sectores de la doctrina contrapuestos sobre la necesidad o no de desarrollar una "ley de pandemias"⁴³. Hay quienes consideran que se precisa de una ley *ad hoc* para hacer frente a las posibles crisis sanitarias futuras y hay quienes consideran que hay suficientes leyes y que el problema reside en su falta de desarrollo.

3.2 El contenido material de un nuevo Derecho de la Salud Pública

Conectado con la idea que se apuntaba *supra*, el Derecho de la Salud Pública carece de un núcleo normativo estructurado alrededor de fundamentos, reglas y principios.⁴⁴ De ahí nace su falta seguridad jurídica⁴⁵ entendida como la predictibilidad de las consecuencias jurídicas de los actos o conductas, en el caso concreto, se trataría del conocimiento de las pautas que han de regir ante situaciones de riesgo y/o emergencia sanitaria sin olvidar el establecimiento de las garantías necesarias para los ciudadanos.

3.2.1 ¿Qué se entiende por una situación de riesgo y emergencia para la salud pública?

Es curioso ver como el núcleo normativo del Derecho de la Salud Pública (a saber, LGS, LOMESP y LGSP) no regula de forma expresa lo que se debe entender por riesgo o emergencia para la salud poblacional. La LGS y LGSP llevan a cabo una definición a través de los mecanismos de reacción o remedios jurídicos que se deben adoptar frente a

un riesgo o emergencia sanitaria que afecten a la colectividad. Es decir, definen riesgo y emergencia para la salud pública por mor de los mecanismos que tienen los poderes públicos a su disposición para la protección de la salud colectiva. Dicho de otra manera, regulan el efecto sin prestar atención a su causa.

Así, el art. 27 LGSP afirma:

"La protección de la salud es el conjunto de actuaciones, prestaciones y servicios dirigidos a prevenir efectos adversos que los productos, elementos y procesos del entorno, agentes físicos, químicos y biológicos, puedan tener sobre la salud y el bienestar de la población."

Sin duda, esta configuración llevada a cabo por el legislador estatal hace hincapié en la necesidad de introducir mejoras normativas que doten de una mayor seguridad jurídica a la norma. Se precisa pues que la ley introduzca un concepto genérico a la vez que exhaustivo de lo que se entiende por situación de riesgo y emergencia para la salud pública. Junto a la definición, se estima necesario incluir un listado, a modo ejemplificativo, de lo que serían dichas amenazas sanitarias colectivas.

En ese sentido, se puede tomar como ejemplo la regulación operada a tenor del Reglamento Sanitario Internacional (RSI)⁴⁶ de la Organización Mundial de la Salud (OMS) aprobado, el 23 de mayo de 2005, en la 58.ª Asamblea Mundial de la Salud.

El art. 2 del RSI recoge la finalidad de la norma cuando dispone que la misma es:

"...prevenir la propagación internacional de enfermedades, proteger contra esa propagación, controlarla y darle una respuesta de salud pública proporcionada y restringida a los riesgos para la salud pública y evitando al mismo tiempo las interferencias innecesarias con el tráfico y el comercio internacionales".

La obligación de notificación no aplica a determinadas enfermedades sino a cualquier "evento que puedan constituir una emergencia de salud pública de importancia internacional" (ESP II). Asimismo, define enfermedad o amenaza sanitaria global en un sentido amplio como "toda dolencia o afección médica, cualquiera que sea su origen o procedencia, que entrañe o pueda entrañar un daño importante para el ser humano".

43 <https://www.diariomedico.com/politica/hay-que-constituir-un-marco-legal-prueba-de-pandemias.html>

44 *Ibidem*.

45 García de Enterría, E., *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas, 1999.

46 Publicado en el BOE el 12 de marzo de 2008.

En palabras de PONS RAFOLS⁴⁷: "el RSI prevé un mecanismo para la determinación oficial de la ESPII a partir de la notificación del Estado afectado; determinación oficial que corresponde a la Dirección General de la OMS con el asesoramiento de un comité de emergencias y que podrá implicar la adopción de recomendaciones temporales o permanentes".

En el anexo 2 del RSI, se lleva a cabo un listado de emergencias para la salud pública de importancia internacional, que incluye las siguientes enfermedades: "la cólera, la peste neumónica, la fiebre amarilla, fiebres hemorrágicas virales (del Ébola, de Lassa, de Marburgo); la fiebre del Nilo Occidental; la viruela; la poliomielitis por poliovirus salvaje; la gripe humana causada por un nuevo subtipo de virus; y el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS)". Concluye la citada norma con una fórmula de cierre abierta para no excluir otras enfermedades, haciendo mención a "otras enfermedades de especial importancia nacional o regional", cuyos ejemplos serían la fiebre del Valle del Rift, y la enfermedad meningocócica.

Resulta interesante la estructura legislativa que adopta el RSI⁴⁸ al llevar a cabo una definición genérica de lo que se entiende por emergencia sanitaria, la contextualización que hace de su finalidad y la facilidad que supone dotar de ejemplos de lo que serían dichas situaciones de emergencia sanitaria en su anexo 2.

Llevado al caso de la pandemia provocado por el SARS-CoV-2, se constata la vigencia del citado reglamento cuando el 23 de enero el Director General de la OMS convocó al Comité de Emergencias para evaluar si el brote constituía una emergencia de salud pública de importancia internacional. Lo volvió a convocar una segunda vez, el 30 de enero, tras una expedición al primer foco. Por último, el 11 de marzo de 2020, la OMS caracteriza la amenaza sanitaria internacional como una pandemia.

Asimismo, la OMS complementa lo anterior, con un documento marco de respuesta a emergencias (MRE) que tiene como objetivo ayudar en la concreción de los criterios y procedimiento a seguir

en el caso de hallarnos frente a una emergencia sanitaria global.

SALAMERO⁴⁹ afirma:

"Así, por ejemplo, para valorar la escala o magnitud del evento se aporta como criterios, entre otros, «el número y el estado de salud de las personas afectadas (con atención a los grupos vulnerables y marginados), la proporción de la población afectada o desplazada, el tamaño de la zona geográfica afectada», etc. Igualmente, para valorar la urgencia con la cual ha de prepararse la respuesta, se aportan criterios como «el riesgo o aumento real y escala de la mortalidad, la morbilidad o la desnutrición aguda general, el grado de transmisibilidad de agentes patógenos, la velocidad de propagación internacional, la tasa de letalidad, etc.»"

Así las cosas, y una vez analizado como modelo normativo a seguir el aplicado por la OMS a tenor del RSI, resulta importante atender a otra opción de mejora normativa *lege ferenda* que puede venir de la mano de la implementación de la estructura seguida por el *Model State Health Emergency Powers Act*⁵⁰. Dicho modelo fue elaborado por un grupo de expertos americanos con el objetivo de servir de ayuda en el desarrollo de normas similares en los EEUU. El citado modelo define lo que se debe entender como emergencia para la salud pública como sigue: "la concurrencia o inminente amenaza de concurrencia de una enfermedad u otra condición sanitaria". A partir de aquí, el modelo desarrolla una definición que se sustenta en:

- Las causas: "(a) cuya causa sea: el bioterrorismo, agentes infecciosos o toxinas biológicas, etc".
- Las consecuencias: "(b) presente una elevada probabilidad de generar los siguientes daños: un número elevado de muertes en la población afectada; un número elevado de discapacidades graves o de larga duración en la población afectada; o una exposición amplia a un agente infeccioso o tóxico que pone en riesgo significativo o genera un daño futuro substancial a un número elevado de población afectada"

Sobre las medidas a adoptar para hacer frente a una emergencia sanitaria también procede remitirse

47 Pons Rafols, X, "La salud global y la globalización de salud: respuesta institucional y acción normativa de la Organización Mundial de la Salud" en Cierco Seira, C. y Blanc Altemir, A. (coords.), *El Derecho ante la salud pública: dimensión interna, europea e internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 39.

48 Para un estudio en profundidad de dicha norma, remítase a Fidler, P and Gostin, L.O., "The New International Health Regulations: An Historic Development for International Law and Public Health", *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol. 34, Issue 1, Spring 2006, pp. 85-94.

49 Salamero Teixidó, L, "La salud La salud...,cit.,ppp. 162.

50 Esta ley modelo fue preparada en el Center for Law and the Public's Health de las Universidades de Georgetown y la Johns Hopkins, por un equipo encabezado por Lawrence O. Gostin. Se publicó en 2001 y no son pocos los estados que han adaptado o aprobado sus propias leyes para el supuesto de situaciones de emergencia para la salud pública siguiendo este modelo.

al modelo citado que las distingue entre aquellas dirigidas a:

- La propiedad privada. Como ejemplos destacan: el cierre y descontaminación de locales, la incautación y destrucción de materiales la requisita de bienes como fármacos, combustible, comida, vestido, etc.,
- Las personas. Destacan como ejemplos: medidas de examen y pruebas médicas, vacunación y tratamientos médicos, aislamiento y cuarentena, recogida de muestras y un conjunto de medidas dirigidas al personal sanitario.

Valga aquí decir que, dichas medidas, serían objeto de regulación no a través de la LGSP, sino de la LOMESP, como suscribe el Consejo de Estado y avala la doctrina constitucional. En todo caso, dichas medidas deben adoptar una forma *numerus apertus* a fin de permitir la suficiente generalidad que a posteriori permita subsumirla en un supuesto de hecho concreto.

Recuérdese que dichas medidas deben de contar con las necesarias garantías que apoyen y justifiquen su legalidad.

Todos los ejemplos descritos y la regulación aportada por el RSI y el citado modelo, se erigen como opciones de mejora normativa a la espera de ser incluidas en nuestro ordenamiento jurídico con el objetivo de fortalecer y dotar de consonancia y coherencia a una nueva rama del derecho sustentada en las nuevas necesidades sociales que la pandemia ha provocado.

3.2.2 ¿Cuál ha de ser el procedimiento a seguir ante una situación de riesgo y emergencia para la salud pública?

El procedimiento es garantía del fondo de un asunto. Se trata de una "auténtica medida del poder" pues somete el poder a la ley en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA⁵¹.

No es objeto de este apartado discutir la naturaleza jurídica⁵² que ha de tener dicho procedimiento si es declarativo o ejecutivo ordinario. Si se sustenta en la coacción directa o en las medidas

provisionales o provisionálísimas. Se trata, en cambio, de esbozar los mimbres mínimos que debe de tener dicho procedimiento:

- La participación del interesado. Dicho requisito tiene su legitimación jurídica en el art. 105c CE. Su finalidad reside en otorgar al interesado la oportunidad de defenderse y alegar lo que a su mejor derecho convenga siempre que el riesgo y la emergencia sanitaria lo permita. Como se veía en líneas anteriores, el art. 54.3 LGSP regula la audiencia de los interesados previa a la adopción de las medidas descritas en el mismo precepto.
- El requerimiento del cumplimiento voluntario de la medida. La ejecución forzosa será la *ultima ratio*. Solo, en defecto del consentimiento del interesado, se procederá a la coacción de la norma.

Los dos extremos o requisitos de este procedimiento tienen como objetivo integrar al ciudadano en el conocimiento de la situación de emergencia o riesgo sanitario a través de información a fin de producir un cumplimiento voluntario habida cuenta de los beneficios que repercutirán no solo al individuo sino a la colectividad. Asimismo, el principio de voluntariedad queda recogido en el art. 5.1 LGSP.

3.2.3 ¿Cuáles son los criterios que legitiman la adopción y ejecución de medidas ante una situación de riesgo y emergencia para la salud pública?

La falta de un consenso en torno a los criterios o parámetros que fundamentan la aplicación de una determinada medida para paliar o hacer frente a una situación de riesgo frente a la salud pública es una cuestión harto controvertida debido a la falta de certeza y seguridad que produce tanto para los ciudadanos y los distintos efectos o repercusión que dichas medidas pueden producir en su esfera de derechos y libertades como la falta de conocimiento suficiente que ayude al juez a sustentar su autorización judicial. Asimismo, y como veíamos en líneas anteriores, en la práctica se produce una suerte de "apoderamiento en blanco" a la Administración Pública que ha sido objeto de recursos de inconstitucionalidad recientemente. Prueba de ello es la STC 148/2021 que resuelve recurso de inconstitucionalidad frente al Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19.

Ahora bien, los criterios deben de dar cierto margen a la discrecionalidad (que no arbitrariedad) ya que, a priori, es difícil imaginar situaciones tan concretas como la vivida, por ejemplo, a consecuencia de la Covid-19. Y quién sabe que nos deparará

51 García de Enterría Martínez-Carande, E. "Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo". Revista de administración pública, 1963, pp. 189-224.

52 Sobre la fundamentación y naturaleza jurídica de los distintos mecanismos jurídicos, remítase por todos a Rebollo, L. M. (Ed.). *Leyes administrativas*. Thomson Reuters Aranzadi. 2014.

el futuro en forma de otras amenazas sanitarias. Por ello, la ley, como expresión de la voluntad popular, se debe configurar lo suficientemente abierta como para permitir subsumirla en cualquier supuesto de hecho que pueda acontecer sin poner en riesgo su certeza y previsibilidad necesaria a fin de asegurar la seguridad jurídica en nuestro ordenamiento.

Tal y como venimos defendiendo *supra*, el Derecho de la Salud Pública adolece de una estructura normativa con el suficiente rigor para dotarle de su necesaria autonomía. Es por ello que, a fin de poder enriquecer dicho derecho de las necesarias reglas y principios, debemos remitirnos a disciplinas que pueden resultar de aplicación por vía de la analogía como puede suceder con la legislación ambiental y de la seguridad alimentaria. Valga en este punto, con el objetivo de poder entender su aplicación extensiva al Derecho de la Salud Pública que ya Lalonde⁵³ en 1974 determinó que el medio ambiente era un factor determinante de la salud. Por ello, con mayor rigor y razón que, los principios que resultan óptimos para el medio ambiente también puedan ser de aplicación en el Derecho de la Salud Pública.

a) El principio de análisis del riesgo

El sistema de análisis del riesgo pivota sobre tres ejes: evaluación, gestión y comunicación del riesgo. Se conecta con criterios científicos a fin de garantizar la mejor gestión del riesgo posible. Prueba de su éxito en su consideración en la normativa existente⁵⁴.

Este principio debe regir a lo largo de toda la duración de la situación de riesgo y emergencia sanitaria.

Dicho análisis para conseguir los objetivos marcados ha de tener en cuenta “la naturaleza de la situación de riesgo para la salud pública; la probabilidad de materialización del riesgo; la naturaleza y severidad del daño que puede producirse de concretarse el riesgo; así como la duración de la situación de riesgo.”⁵⁵

El principio de análisis del riesgo va indisolublemente ligado con el principio de cientificidad. El fin último es evitar que las decisiones se basen en

53 Lalonde, M., *A new perspective on the health of Canadians*. Ottawa: Department of National Health and Welfare, 1974.

54 Art. 3.f) de la Ley 18/2009, del 22 de octubre, de salud pública de Cataluña.

55 Gostin L., y Man., J., “Towards the development of Human Rights Impact Assessment for the Formulation and Evaluation of Public Health Policies”, *Health and Human Rights*, vol.1, núm. 1, 1994, pp.75-76.

el mero miedo. La toma de decisiones basadas en la evidencia es el leitmotiv de la medicina prueba de ello es el término acuñado por Gordon Guyatt⁵⁶ como “medicina basada en la evidencia”.

b) El principio de cientificidad

Como se señalaba en el apartado anterior, la medicina es una ciencia y muestra de ello es que solo apoyado en la más estricta evidencia científica puede determinarse que una medida es necesaria para hacer frente a una amenaza a la salud pública. La evidencia científica es el eje que sustenta cualquier decisión que se adopte en el sector biosanitario. Otro ejemplo, entre otros, queda recogido en el art. 11.2 *in fine* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

c) El principio de precaución

La constatación de que vivimos en un mundo incierto⁵⁷ que los anglosajones describen como VUCA: volátil, incierto, complejo y ambiguo vuelve necesario introducir el principio de precaución en los criterios para hacer frente a amenazas sanitarias ya que, en muchas ocasiones, los retos al ser nuevos y desconocidos justifican dicha cautela. Todo lo anterior, que ya afirmaba la doctrina⁵⁸, ha quedado confirmado por la magnitud de los hechos durante la Covid-19 y el reto sanitario, político, económico y social que supone hacer frente a una nueva enfermedad.

El origen de dicho principio se encuentra en el derecho ambiental y permite que, ante la incertidumbre científica, se puedan adoptar ciertas medidas siempre que su objetivo sea salvaguardar la tutela a la salud pública. Si bien, dichas medidas deberán ser posteriormente evaluadas para corroborar su idoneidad⁵⁹.

d) El principio de proporcionalidad

Dicho principio se erige como el sempiterno límite frente a las potestades administrativas.

56 Guyatt, G. H., *La Medicina Basada en la Evidencia. Guías de usuario de la literatura médica*. The Journal of the American Medical Association. Edición Española. 1997.

57 Bennett, N., & Lemoine, J. *What VUCA really means for you*. Harvard business review, 92(1/2). 2014.

58 Gostin., L. *et al.*, *Law and the Health System*, Foundation Press, 2014, pp. 851 y ss.

59 Cierco Seira., C., “El principio de precaución”, en Ruano Gómez., J. (coord), *Riesgos colectivos y situaciones de crisis: el desafío de la incertidumbre*, La Coruña, Servicio de Publicaciones de la Universidade da Coruña, 2005, pp. 17-63.

Actuando como garantía de las prerrogativas de que gozan los poderes públicos debido a la defensa del interés general que les es encomendado por mor de lo dispuesto en el art. 103 CE.

A pesar de que nuestra CE no lo recoja *per se*, el Tribunal Constitucional lleva desde sus inicios sirviéndose del mismo como instrumento de protección de los derechos fundamentales habida cuenta que no hay derechos absolutos y en la necesidad de ponderarlos cuando entran en conflicto. Valgan por todas, y a modo de ejemplo, el “triple test” que recoge la STC 89/2006 cuando habla de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de una medida. O, dicho de otra manera, una medida solo podría ser legítimamente adoptada cuando haya demostrado ser “idónea” para acometer el fin marcado, “necesaria” por no existir una medida menos restrictiva o gravosa y “proporcional” cuando tras su adopción se produzcan más beneficios que perjuicios.

Ahora bien, se corre riesgo si solo se utiliza este principio, pues siempre va a parecer que el interés general justifica el sacrificio de intereses individuales perdiendo garantías el procedimiento de adopción de medidas. De ahí, la relevancia (nunca mejor dicho) de ponderarlo junto con el resto de los principios enunciados a fin de hallar el equilibrio entre intereses contrapuestos.

e) La dignidad humana como mínimo indisponible

Tras haber mencionado el riesgo que supone tratar de elegir aquellas medidas que mejor tutelan la salud pública ante situaciones de riesgo y emergencia en base al juicio de proporcionalidad, conviene atender a la dignidad humana como un límite.

Por ende, la dignidad humana sirve de “armazón” o barrera legal protectora que ayuda a que no se sobrepasen los intereses individuales en aras a garantizar la salud pública cuando dicha intervención suponga un menoscabo a lo más esencial del ser humano: su dignidad. Lo que nuestro constituyente describe como el fundamento “*del orden político y de la paz social*” en el preámbulo de nuestra Carta Magna.

Existe actualmente mucha controversia en lo que respecta a la vacunación obligatoria que pretende la ley gallega⁶⁰ o los “pases

verdes⁶¹” (acción positiva tendente a compeler a los ciudadanos a la vacunación), dónde la dignidad humana aparece como un límite a considerar para aquellos ciudadanos que no deseen vacunarse, y cuya obligatoriedad, puede ser un menoscabo a su dignidad humana y a su libertad individual.

3.2.4 Garantías del procedimiento: el papel de la autorización judicial

No corresponde aquí extenderse en los aspectos normativos que deberían modificarse en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) con el fin de dotar de un procedimiento que equilibre garantías para los afectados de una medida adoptada en situaciones de riesgo y emergencia sanitaria así como que ofrezca un mínimo de contenido que sustente la autorización judicial. Huelga decir que el juez se servirá de los criterios anteriormente enunciados y que conforman el contenido negativo de la disciplina del Derecho de la Salud Pública para tomar su decisión.

En cuanto al proceso, la LJCA guarda silencio sobre el procedimiento a seguir por parte del poder judicial a la hora de hacer frente a aquellas peticiones de autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias ante situaciones de riesgo y emergencia sanitaria. Por no existir un procedimiento *ad hoc*, se ha utilizado por analogía el dispuesto en el art. 763 LEC sorbe “internamiento no voluntario por razón de trastorno psicológico”. Si bien, la doctrina lo ve forzado exceso. Otro sector, aboga por la aplicación del procedimiento dispuesto por mor del art. 122 bis LJCA respecto a la protección de la propiedad intelectual. Por otro lado, conviene atender al procedimiento a seguir en la protección de los derechos fundamentales (art. 114 y ss) debido a la conexión que el Derecho de la Salud Pública tiene con la dignidad humana.

Por último, es importante que en el desarrollo de dicho procedimiento se tenga en cuenta el seguimiento judicial a posteriori, así como el contenido del que puede revestirse dicha autorización judicial.

3.2.5 Breve reseña a la tutela de la salud pública en la vía penal

Huelga decir que la tutela penal de la salud pública excede al contenido normativo del Derecho de la Salud Pública. Si bien, vale la pena atender a la *ultima ratio* que supone el derecho penal y, cómo

60 Recurso de inconstitucionalidad n.º 1975-2021, contra el apartado 5 del artículo único de la Ley de la Comunidad Autónoma de Galicia 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, en cuanto la nueva redacción al artículo 38.2 de la ley modificada.

61 <https://www.euronews.com/travel/2021/07/26/green-pass-which-countries-in-europe-do-you-need-one-for>

ante la gravedad de ciertos tipos, se aplica una pena con el fin de salvaguardar la salud pública.

Por ello, nos remitimos someramente a la descripción hecha por DOVAL PALS⁶² respecto a los delitos contra la salud pública:

” El marco sistemático de los delitos contra la salud pública reúne diversas figuras cuyos objetos materiales y conductas pueden constituir vías muy propicias para la propagación de enfermedades; sobre todo, cuando se trata de objetos cuyo destino natural es la ingestión para su consumo o el contacto para su uso. Son delitos de peligro para la salud o la vida cuyas modalidades típicas se refieren a sustancias nocivas (art. 359), medicamentos y productos sanitarios (arts. 361-362 quáter) o a productos, géneros o efectos (art. 363) que, por sus características (perjudiciales para la salud, corrompidos, destinados a ser inutilizados o desinfectados, nocivos o infecciosos⁸⁰) pueden perfectamente comportar riesgos para la vida o la salud de las personas manifestados en la presencia de muy diversos agentes patógenos”

3.2.6 Propuestas para fortalecer los mecanismos normativos de respuesta ante crisis sanitarias

Una vez abordado el contenido material de este Derecho de la Salud Pública, centrado principalmente en cómo hacer frente a nuevas crisis sanitarias (es decir, vertiente negativa), conviene hacer una somera mención de propuestas concretas que servirían para evitar un nuevo colapso jurídico y así dotar a nuestro marco jurídico de medidas específicas que permitan hacer frente a crisis sanitarias futuras.

En este punto, y siguiendo a ANTEQUERA: “toca la innovación jurídica, es el momento de la creatividad en los operadores jurídicos del derecho creativo”⁶³.

Sobre las bases de esta “reingeniería jurídica”, el autor propone llevar a cabo las siguientes acciones:

”refundir la dispersión normativa en materia sanitaria, aprobar una nueva ley orgánica sobre intervención y declaración de crisis sanitaria nacional, diseñar una ley que regule los supuestos de movilización de los profesionales sanitarios

y sociosanitarios, aprobar una ley sobre reservas estratégicas sanitarias y sociosanitarias, aprobar una ley de compensación para los profesionales sanitarios, aprobar una ley sobre calidad prestacional en los centros sociales y sociosanitarios y crear una comisión para el diseño de una especie de ley de contrato de atención sociosanitaria en régimen residencial y de dependencia.”

Casi dos años después de la declaración del estado de alarma y ya inmersos en lo que han querido llamar “nueva normalidad”, entristece ver la pasividad política y jurídica con la que se ha manejado una crisis de semejante envergadura. Seguimos expectantes.

4. CONCLUSIONES

Llegados a este punto, conviene anunciar las conclusiones de la presente tesis a modo de decálogo que sirva para impulsar el Derecho de la Salud Pública y sus consiguientes mejoras normativas a propósito de la Covid-19:

Primera.- El derecho habría de liderar la configuración de la salud pública como un bien público global para lo cual sería conveniente determinar lo que se entiende por Derecho de la Salud Pública (*Public Health Law*).

Segunda.- El Derecho de la Salud Pública posee una doble faz: positiva (encargada de llevar a cabo acciones y políticas públicas para prevenir enfermedades y mejorar resultados en salud); y negativa (consistente en limitar derechos de los ciudadanos con respeto de sus garantías con el fin salvaguardar la salud pública).

Tercera.- El Derecho de la Salud Pública podría definirse como aquella rama de “intersección” entre el derecho administrativo y el derecho constitucional encargada de velar por el equilibrio entre derechos y obligaciones con el fin de salvaguardar la salud pública como un bien jurídico global.

Cuarta.- El Derecho de la Salud Pública habría de integrar el derecho constitucional (v.gr. Estados de excepción, los límites a los poderes del estado, así como el desarrollo de sus prerrogativas), el derecho administrativo (principios rectores entre relaciones interadministrativas, organigrama, medios e intervenciones administrativas capaces de dar respuesta a amenazas sanitarias globales) y la ciencia (salud pública, epidemiología como evidencia científica que posibilite una configuración jurídica adaptada a las necesidades del problema en cuestión.

62 Doval Pals, A, “Epidemias y Derecho Penal”, en Cierco Seira, C. y Blanc Altemir, A. (coords.), *El Derecho ante la salud pública: dimensión interna, europea e internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 129.

63 Antequera Vinagre, J.M, “Breve análisis...cit.,p.83.

Quinta.- La LOMESP “contiene una regulación en extremo genérica” y que “podría resultar insuficiente para hacer frente, de acuerdo con los principios constitucionales de eficacia administrativa y seguridad jurídica, a las necesidades a las que se enfrentan las autoridades sanitarias competentes.

Sexta.- La LOMESP podría estar necesitada de una “adecuación legislativa que le aporte mayor detalle y concreción” para “proporcionar a las autoridades sanitarias competentes el mejor marco jurídico posible para afrontar las situaciones presentes y futuras de riesgo grave para la salud pública”.

Séptima.- El marco jurídico actual (LOMESP, LGS, LGSP) adolece de la necesaria estructura (cuerpo normativo) en torno a la concreción de un catálogo mínimo de medidas susceptible de adoptarse, la determinación de los criterios que justifican la concurrencia de una situación de riesgo y emergencia y el modo o procedimiento de adopción y ejecución de dichas medidas.

Octava.- El contenido de la regulación estatal (LOMESP, LGS, LGSP) pone de manifiesto que las medidas contenidas en estas leyes son meramente ejemplificativas, de forma que las autoridades sanitarias competentes pueden adoptar, en caso de riesgo grave, cualesquiera otras medidas siempre que estén debidamente justificadas lo que provoca cierta inseguridad jurídica.

Novena.- En el presente marco jurídico, es necesario desarrollar unas pautas concretas (a modo de reglas, principios, criterios y procedimientos) que han de regir ante situaciones de riesgo y/o emergencia sanitaria sin olvidar el necesario equilibrio que ha de regir entre las prerrogativas de los poderes públicos y las garantías de los derechos y libertades de los ciudadanos.

Décima.- Resultaría relevante incorporar la perspectiva de género en el nuevo Derecho de la Salud Pública siguiendo lo dispuesto en el art. 6 LGSP.

5. BIBLIOGRAFÍA

Antequera Vinagre, J.M, “Breve análisis de los instrumentos jurídicos de reacción rápida y de gestión jurídica frente al sars-cov-2. La necesidad de una reingeniería jurídica en salud pública”. *Revista Derecho y Salud*, num 30, 2020.

Bennett, N., & Lemoine, J. *What VUCA really means for you*. 2014.

Bombillar Sáenz, F.M. , “Estructura, organización y funciones de la administración de la Unión Europea en materia de salud pública. Dos ejemplos: La Agencia Europea de Medicamentos y la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria”, en *Derecho y Salud en la Unión Europea*, 2013.

Campoamor, A. F. M., “El estado social”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, 2003.

Cantero Martínez, J. “Constitución y derecho a la protección de la salud ¿existe algún límite frente a los recortes sanitarios?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013.

Casas Baamonde, M. E., & Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., *Comentarios a la Constitución Española: XL aniversario. Comentarios a la Constitución Española*, 2018.

Cierco Seira, C., y Blanc Altemir, A., (coords.), *El Derecho ante la salud pública: dimensión interna, europea e internacional*, 2018., “La necesaria actualización de la legislación española en materia de salud pública” en *Derecho y Salud*, núm. 17, 2009. “Epidemias y Derecho Administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población”, *Derecho y Salud*, núm. 2, 2005. *El principio de precaución*, en Ruano Gómez, J. (coord), *Riesgos colectivos y situaciones de crisis: el desafío de la incertidumbre*, 2005.

Doval Pals, A, “Epidemias y Derecho Penal”, en Cierco Seira, C. y Blanc Altemir, A. (coords.), *El derecho ante la salud pública: dimensión interna, europea e internacional*, 2018.

Esteve Pardo, J., *El desconcierto del Leviatán. Política y Derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, 2009.

Fidler, P and Gostin, L.O., “The New International Health Regulations: An Historic Development for International Law and Public Health”, *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol. 34, Issue 1, 2006.

García de Enterría Martínez-Carande, E., *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, Civitas, 1999. “Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo”. *Revista de administración pública*, 1963.

- Garrido Cuenca, N., "El derecho a la protección de la salud en los Estatutos de Autonomía: propuestas para un derecho prestacional universal de nueva generación", en *Derecho sanitario y bioética. Cuestiones actuales*, 2016, "La estrategia europea de enfermedades raras: Desafíos y oportunidades de una acción sostenible global", en *Derecho y Salud en la Unión Europea*, 2013. "La igualdad y cohesión del Sistema Nacional de Salud. La protección de la salud en el modelo autonómico", en A. Palomar Olmeda, J. Cantero Martínez (dirs.), *Tratado de Derecho Sanitario*, 2013.
- Garrido Falla, F, et al, *Comentarios a la Constitución*, 1985.
- Gostin, L. O., "The legal determinants of health: harnessing the power of law for global health and sustainable development". *The Lancet*, nº393, 2019, Law and the Health System, 2014, "Public health law in a new century: part I: law as a tool to advance the community's health". *Jama*, nº 283, 2000, "Towards the development of Human Rights Impact Assessment for the Formulation and Evaluation of Public Health Policies", *Health and Human Rights*, vol.1, núm. 1, 1994.
- Guyatt, G. H., "La Medicina Basada en la Evidencia. Guías de usuario de la literatura médica". *The Journal of the American Medical Association*. 1997.
- Herrera, Á. A., "La noción de seguridad en Thomas Hobbes". *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm 39, 2009.
- Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado*. 1958.
- Lalonde, M., *A new perspective on the health of Canadians. Ottawa: Department of National Health and Welfare*, 1974.
- Lavín, A. R. P., *El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Vol. 4)*, 2012,
- de Montalvo Jääskeläinen, F., *La salud pública como límite constitucional de derechos*, 2013.
- Nieto, A., "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional". *Revista de Administración Pública*, núm. 100, 1983.
- Ortega y Gasset, J., *Meditaciones del Quijote*. 1957.
- Pemán Gavín, J.M., *Derecho a la protección de la salud, Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, 2011.
- Pérez Oliva, M., "Fake news: la posverdad como arma de desinformación masiva" 2020.
- Pons Rafols, X, "La salud global y la globalización de salud: respuesta institucional y acción normativa de la Organización Mundial de la Salud", 2018.
- Rebollo, L. M., *Leyes administrativas*. 2014
- Sáenz, F. M. B., y Miras, A. P., "El derecho a la protección de la salud desde una perspectiva multinivel y de Derecho comparado". *Revista europea de derechos fundamentales*, núm. 25, 2015.
- Salamero Teixidó, L, "La salud pública como límite a los derechos y libertades individuales en situaciones de riesgo y emergencia", 2018.
- Schmitt K., *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982.
- Silverman, R. D. And Gostin, L.O., *Public Health Law: Power, Duty, Restraint*, 2008.
- Solozábal Echevarría, J.J., "El derecho constitucional a la salud en el Estado autonómico", 2011.