

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y EL BIEN JURÍDICO DE LA SALUD COLECTIVA EN TIEMPOS DE PANDEMIA¹

Luis E. Delgado del Rincón

*Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Burgos*

Cómo citar este artículo / Citation: Delgado del Rincón, L.E. (2020). Algunas consideraciones sobre el Derecho a la protección de la salud y el bien jurídico de la salud colectiva en tiempos de pandemia. Biglino Campos, P.; Durán Alba, F. *Los Efectos Horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza.

DOI: <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0017>

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN – II. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD COMO DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL: CONSIDERACIONES GENERALES – III. LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE TUTELA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD COMO DERECHO HUMANO UNIVERSAL EN TIEMPO DE PANDEMIA – IV. EL RESURGIMIENTO DE LA SALUD PÚBLICA COLECTIVA COMO BIEN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL LIMITADOR DE DERECHOS – V- REFLEXIÓN FINAL – VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

La pandemia provocada por el virus covid-19 y las medidas adoptadas por los poderes públicos para evitar su propagación y afrontar las consecuencias sanitarias, sociales y económicas causadas por él ha dado lugar a una ingente

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER2016-75993-P, sobre “España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos” (2017-2020).

normativa desde la aprobación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la covid-19. Prueba de ello son las casi doscientas cincuenta normas recogidas en el Código electrónico covid-19 publicado por el BOE, de actualización permanente. Los problemas jurídico-constitucionales originados por la aprobación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, sus normas de desarrollo y las medidas implantadas han sido varios y de diversa índole. Pueden destacarse, entre otros, la posible inconstitucionalidad de la declaración del estado de alarma al haberse suspendido que no limitado de forma intensa algunos derechos fundamentales de las personas; la reducción de la función de control parlamentario del Gobierno y la concentración del poder en este último órgano; la utilización abusiva del decreto-ley por el Gobierno desplazando al Parlamento en el ejercicio de la función legislativa; o el papel y posición de las instituciones de la Unión Europea ante la emergencia sanitaria.

Durante estos meses, la protección de la salud ha adquirido una relevancia singular al erigirse en el bien jurídico que sirve de fundamento a la adopción de medidas limitadoras de otros derechos. En este sentido, se ha convertido en uno de los derechos más invocados en las normas y resoluciones judiciales dictadas para resolver los conflictos suscitados con su aplicación. Así, desde la perspectiva normativa, ya el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma ante la emergencia sanitaria del coronavirus lo cita expresamente, junto a “la seguridad de los ciudadanos”, en su Exposición de Motivos. Desde la perspectiva jurisprudencial, el ATC 40/2020, de 30 de abril, que inadmite un recurso de amparo presentado por un sindicato de trabajadores por vulneración del derecho de reunión y de manifestación del artículo 21 CE, considera que la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia, que había confirmado una resolución de la Subdelegación del Gobierno de Pontevedra prohibiendo la celebración de una manifestación rodada en Vigo el 1 de mayo, no conculca el derecho invocado. Para el Tribunal, la medida limitadora del ejercicio del derecho de manifestación es proporcionada y está justificada por la finalidad perseguida, garantizar la protección de la salud y la vida e integridad física de las personas (FJ 4).

La crisis sanitaria causada por el coronavirus no solo ha afectado al Sistema Nacional de Salud y a su eficacia, no solo ha situado en primer plano al derecho a la protección de la salud, sino que ha reforzado también el objetivo de conseguir un modelo de salud universal capaz de procurar asistencia sanitaria a todas aquellas personas que la necesiten, por el hecho de serlo y aunque estemos ante un problema de salud pública, que también. Es difícil imaginar lo que hubiera sucedido si hubiésemos carecido de un sistema sanitario público y bonificado. Otra cosa será lo que acontezca con la crisis económica que surja tras la emergencia sanitaria. Esto es, si para afrontar sus consecuencias el Gobierno acometerá recortes drásticos en servicios públicos esenciales, entre ellos la sanidad, originando nuevamente un retroceso en el proceso de universalización del derecho a la protección de la salud, al igual que ocurrió en crisis económicas anteriores, como la de 2008.

II. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD COMO DERECHO SOCIAL FUNDAMENTAL: CONSIDERACIONES GENERALES

El artículo 43.1 CE, que tiene su precedente en el artículo 43 de la Constitución republicana de 1931, proclama “el derecho a la protección de la salud”, incluyendo en los dos siguientes apartados determinadas acciones dirigidas a los poderes públicos para hacerlo efectivo. El constituyente español seguía la senda que antes habían abierto otros textos constitucionales europeos como la Constitución portuguesa de 1976 (art. 64), la Constitución italiana de 1947 (art. 32), o la Constitución francesa de 1958, que se remite a la de 1946 (apartado undécimo del Preámbulo). También lo hacía de acuerdo con lo previsto en normas internacionales sobre derechos humanos ratificadas por España que, según se verá seguidamente, constituirán un parámetro para la interpretación y aplicación del artículo 43 CE, en virtud del mandato contenido en el artículo 10.2 CE.

Ahora bien, nuestra Carta Magna, al igual que la portuguesa y francesa, reconocen un derecho a la protección de la salud y no un derecho a la salud, como lo hace la Norma italiana. El empleo de esta diferente terminología no es baladí, ya que puede tener importantes repercusiones jurídicas. El derecho a la

salud no debe entenderse como un derecho a estar sano² o a ser curado, porque su garantía es imposible, es una “fantasía”, ninguna acción humana puede garantizar a todos la salud (Demichel, 1999: 20 y De Lora, 2004: 882-883). Para un sector de la doctrina, con la expresión “derecho a la protección de la salud” se alude a una posición jurídica subjetiva que atribuye a su titular la facultad de exigir a los poderes públicos aquellas prestaciones sanitarias, preventivas y curativas, que tienen por finalidad preservar, conservar y, en su caso, restaurar la salud. El titular del derecho es “acreedor” de determinados “medios” (no “de resultados”), que han de ser facilitados por el Estado como la creación y organización de un sistema de asistencia sanitaria (Borrajo, 1984: 173-174). Dentro del contenido del derecho pueden distinguirse unas dimensiones positiva y negativa. La primera, conocida también como dimensión prestacional, atribuye a los ciudadanos la facultad de exigir al Estado determinadas prestaciones, servicios, actuaciones y medidas dirigidas a tutelar (prevenir y reparar) la salud individual y colectiva. La segunda impide que la salud de las personas sea amenazada o dañada por acciones del Estado o de los particulares. Esta faceta negativa, excluyente de perturbaciones externas, concibe al derecho como un derecho de defensa y hace que, en determinados casos, su naturaleza sea similar a la de derechos fundamentales de libertad como el derecho a la vida o a la integridad física, con los que guarda también conexión³.

En la dimensión positiva pueden apreciarse, a su vez, dos vertientes. Una individual, que abarcaría acciones de tipo asistencial o curativas dirigidas a tutelar la salud de las personas individualmente consideradas. Otra colectiva, que comprendería diversas medidas fundamentalmente preventivas (de salubridad, higiene, medioambientales...) destinadas a preservar la salud de la población frente a determinados riesgos que puedan causarle graves daños, como por ejemplo las epidemias⁴. El artículo 43 CE ampara esta última vertiente, de forma expresa y directa, cuando en el apartado 2º reconoce a los

² Tal y como se afirma en el párrafo 8º de la Observación general nº 14 (2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), de 11 de agosto E/C.12/2000/4, aprobada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

³ Acerca de estas dimensiones del contenido del derecho a la protección de la salud pueden consultarse, entre otros, los trabajos de Pemán (1989: 79-97) y Muñoz (1995: 95 y ss.).

⁴ Sobre dichas vertientes, cfr. Cierco (2006: 13-17 y 2020: 26); Escobar (2012: 1093-1094) y De Montalvo (2013: 1009-1012).

poderes públicos la competencia de “tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios” y, de forma tácita o indirecta, cuando en el apartado 3º concreta algunas de las medidas preventivas de tipo educativo, como el fomento de “la educación sanitaria o la educación física” o la práctica del “deporte”.

En relación con la naturaleza y eficacia jurídica del artículo 43 CE, la jurisprudencia constitucional⁵ y la mayoría de la doctrina⁶ sostienen que, precisamente por su ubicación en el texto constitucional (capítulo III del título I), no estamos ante un verdadero derecho fundamental, ante un auténtico derecho subjetivo, sino ante un principio rector, ante un derecho social de libre configuración legislativa con una eficacia, protección y garantías previstas en el artículo 53.3 CE (tutela judicial ordinaria según lo que disponga la ley de desarrollo, excluido el amparo constitucional). Sin embargo, otros autores mantenemos que aunque es cierto que el derecho a la protección de la salud es un derecho social de libre configuración legislativa y que, desde el punto de vista formal, no es un verdadero derecho fundamental por carecer de la tutela del amparo constitucional; en determinados casos, por su estructura compleja y por su relación con otros derechos fundamentales como el derecho a la vida e integridad física, puede revestir el carácter de derecho materialmente fundamental⁷ con un contenido nuclear mínimo resistible frente a las actuaciones de los poderes legislativo y ejecutivo y susceptible de control judicial.

III. LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE TUTELA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD COMO DERECHO HUMANO UNIVERSAL EN TIEMPOS DE PANDEMIA

El carácter universal del derecho a la protección de la salud se deduce de su relación con la dignidad humana (art. 10.1 CE) y del propio artículo 43.1 CE,

⁵ *Vid.*, por todas, la STC 139/2016, de 21 de julio y las decisiones que se citan en el FJ 8º, entre otras, las SSTC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3; 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8 y 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 7.

⁶ *Cfr.*, entre otros, Garrido Falla (2001: 879); García de Enterría (1982: 68) y De Montalvo (2019: 400).

⁷ *Vid.*, entre otros, Delgado (2019a: 133-134); Rey (2018: 288-291) y Solozábal (2001: 112).

cuando acude a una de las expresiones típicas de atribución universal de los derechos, “se reconoce”. La titularidad universal del derecho es acorde también con lo previsto en normas internacionales ratificadas por España, ya que, según el mandato contenido en el artículo 10.2 CE, en relación con el artículo 96.1 CE, el derecho del artículo 43 CE se interpretará conforme a “la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España” y a la doctrina y jurisprudencia de los órganos encargados de su interpretación y aplicación.

Exponemos, a continuación, algunas consideraciones sobre la consolidación de los estándares internacionales de tutela del derecho a la protección de la salud como derecho humano universal en algunos tratados suscritos por España. Creo que estos parámetros habrían de tenerse más en cuenta por los Gobiernos y Parlamentos (nacional y autonómicos) cuando aprueban normas que afectan al derecho del artículo 43 CE y por los tribunales nacionales cuando lo interpretan y lo ponderan con otros derechos constitucionales. Con este fin nos referiremos también a ciertas decisiones y observaciones generales formuladas por algunos de los órganos supervisores de la aplicación de los tratados; algunas de ellas aprobadas con ocasión de la pandemia del coronavirus.

A) En el ámbito de las Naciones Unidas, es imprescindible recurrir a dos aportaciones fundamentales: a la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), de 10 de diciembre de 1948, que en el artículo 25.1 establece que “toda persona” tiene derecho “a un nivel de vida adecuado que le asegure (...) la salud (...), la asistencia médica” y, sobre todo, al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de 16 de diciembre de 1966, que en su artículo 12.1 reconoce el derecho de “toda persona” al disfrute del “más alto nivel posible de salud física y mental”, imponiendo a los Estados partes la obligación de adoptar determinadas medidas de prevención, tratamiento y de lucha contra las enfermedades que garanticen la plena efectividad del derecho (art. 12.2)⁸.

⁸ Según los casos, también puede acudir a normas de convenios más específicos dirigidos a la tutela del derecho para determinados colectivos como la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965 (art. 5.e).IV); la Convención para la eliminación de todas formas de discriminación contra las

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) ha desarrollado esta disposición en la Observación general nº 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, de 11 de agosto E/C.12/2000/4⁹. En ella, el Comité realiza algunas consideraciones sobre el contenido del derecho al que califica como “derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos”. De tal modo que “todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente” (parágrafo 1º). Es un derecho “que está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos (derecho a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad...)” (parágrafo 3º)¹⁰.

mujeres, de 18 de diciembre de 1979 (arts. 11.1.f) y 12); la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (art. 24.1); o la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 18 de diciembre de 1990 (art. 28).

⁹ Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/hrbodies/cescr/pages/cescrindex.aspx#:~:text=El%20Comit%C3%A9%20de%20Derechos%20Econ%C3%B3micos,Culturales%20por%20sus%20Estados%20partes>.

¹⁰ En relación con España, el Comité DESC, en las Observaciones finales de 2012, recomienda a nuestro país que, conforme a la Observación general nº 14 (2000) y al principio de universalidad de las prestaciones sanitarias, las reformas adoptadas por el Real Decreto-ley 16/2012 no limiten el acceso de las personas que residen en España “a los servicios de salud, cualquiera sea su situación legal” (parágrafo 19). Asimismo, en las Observaciones finales de 2018, el Comité insta a España a que derogue “las disposiciones que implicaron retrocesos en la protección del derecho a la salud” y a que “tome las medidas necesarias para que los migrantes en situación irregular tengan acceso a todos los servicios de salud necesarios, sin discriminación alguna, de conformidad con los artículos 2 y 12 del Pacto” (parágrafo 42). Cfr. las *Observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobadas en el 48º período de sesiones del 30 de abril al 18 de mayo de 2012 y las aprobadas en el 63º período de sesiones el 29 de marzo de 2018*, disponibles en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fESP%2fCO%2f6&Lang=en. Sobre ellas, véanse los trabajos de Jimena (2018: 830 y 837-839) y Delgado (2019a: 46-47 y 144). 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, fue aprobado por el Gobierno en un contexto de crisis económica. Entre otras medidas, introdujo una nueva regulación de la condición de asegurado y beneficiario en el artículo 3.1 y 2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS), que excluía de la asistencia sanitaria pública a ciertos colectivos de personas, entre ellos los extranjeros sin autorización de residencia, salvo en los casos previstos en el artículo 3 ter LCCSNS (urgencias, mujeres embarazadas y menores). El Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de la reforma del Real Decreto-ley 16/2012 en la STC 139/2016, de 21 de julio. El Gobierno de la nación puso fin a dicha regresión con la aprobación del Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, que reintegra a los inmigrantes sin autorización de

Recientemente, el Comité DESC ha aprobado una “Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (COVID-19) y los derechos económicos, sociales y culturales”, el 17 de abril de 2020, con la finalidad de formular determinadas recomendaciones a los Estados partes para que las medidas que adopten contra la pandemia sean acordes con las obligaciones contraídas en virtud del PIDESC respecto de los derechos económicos, sociales y culturales declarados en él¹¹. En ella, el Comité advierte de las repercusiones que la crisis sanitaria causada por la pandemia de covid-19 tiene para los derechos económicos, sociales y culturales de las personas, al agudizar las desigualdades entre ellas con una afectación especialmente grave sobre grupos desfavorecidos y marginados. Seguidamente, el Comité DESC efectúa algunas recomendaciones, entre las que pueden destacarse las siguientes: a) que las medidas limitadoras que se adopten sobre los derechos del Pacto han de cumplir las condiciones establecidas en el artículo 4 PIDESC, esto es que sean necesarias para combatir la crisis de salud pública causada por la covid-19, que sean razonables, proporcionadas y respetuosas con la dignidad de las personas; b) que los Estados partes adopten con urgencia medidas específicas para proteger y mitigar los efectos de la pandemia sobre grupos vulnerables (personas mayores, con discapacidad, refugiados...); c) que colaboren en la asistencia y la cooperación internacionales como principio básico consagrado en el Pacto en diferentes ámbitos, particularmente en el científico con la intervención de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

B) En el seno del Consejo de Europa, ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), de 4 de noviembre de 1950, ni ninguno de sus Protocolos

residencia la atención sanitaria, aunque condicionada a la observancia de determinados requisitos redactados de forma ambigua e imprecisa (Delgado, 2019b: 122-124).

¹¹ Disponible en: <https://undocs.org/E/C.12/2020/1>. El Comité DESC se anticipaba al Comité de Derechos Humanos que aprobaba una *Declaración sobre la suspensión de obligaciones dimanantes del Pacto en relación con la pandemia de COVID-19*, el 30 de abril de 2020, en la que advertía también de la amenaza que la pandemia constituía para la salud mundial y de las repercusiones sobre el disfrute de los derechos civiles y políticos, al verse algunos de ellos restringidos gravemente por las medidas adoptadas por los Estados para combatirla. De igual modo, recuerda que esas medidas suspensivas de los derechos han de cumplir con los requisitos y condiciones establecidos en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, explicados por el Comité en sus observaciones generales, en particular en la Observación general nº 29 (2001), sobre los estados de excepción. Entre otras, la estricta necesidad y la proporcionalidad de las medidas; la conformidad con otras obligaciones internacionales; la no discriminación y la prohibición de suspender ciertos derechos inderogables. Documento disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/COVIDstatementSP.pdf>

Adicionales, contienen una norma expresa sobre el derecho a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria, ya que la asamblea constituyente estaba más preocupada en esos años de tutelar los derechos civiles y políticos en Europa que de reconocer derechos sociales en concreto, sin perjuicio de que algunos textos constitucionales de países europeos ya los proclamasen genérica o específicamente. Sí establece, sin embargo, la “salud pública” como límite directo y expreso respecto de otros derechos como la libertad y seguridad (art. 5.1.e CEDH), la vida privada y familiar (art. 8.2 CEDH), la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 9.2 CEDH) o la libertad de reunión y de asociación (art. 11.2 CEDH). Ahora bien, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha acudido a la técnica hermenéutica de la conexión entre derechos, particularmente con los derechos a la vida (art. 2 CEDH), a la prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH) o a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), para tutelar situaciones o derechos que no están reconocidos expresamente en el CEDH, como el derecho a la protección de la salud¹².

Será la Carta Social Europea (CSE), de 18 de octubre de 1961, revisada el 3 de mayo de 1996, la que, en sus arts. 11 y 13, proclamará el derecho a la

¹² Jurisprudencia que puede constatarse, entre otras, en las SSTEDH, de 2 y de 27 de mayo de 1997, asuntos *D. c. Reino Unido* y *N. c. Reino Unido*, en las que se conculca la prohibición de someter a tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH) cuando se acuerda la extradición o expulsión de un extranjero enfermo de sida y dependiente de un tratamiento médico con riesgo de padecer sufrimientos físicos y reducir su esperanza de vida; STEDH de 17 de julio de 2014, asunto *Valentín Câmpeanu c. Rumanía*, en la que la falta de cuidados médicos apropiados de la que resulta la muerte de una persona vulnera el derecho a la vida del artículo 2 CEDH; STEDH de 24 de julio de 2014, asunto *Brincat y otros c. Malta*, en el que se lesiona también el derecho a la vida del artículo 2 CEDH cuando un Estado falta a sus deberes positivos de proteger la vida de sus ciudadanos al no legislar ni adoptar medidas prácticas para protegerles y proporcionarles información de los riesgos para su salud a los que les exponen determinadas actividades; SSTEDH de 21 de marzo de 2002 y de 10 de abril de 2012; asuntos *Nitecki c. Polonia* y *Panaïtescu c. Rumanía*, en los que se atenta contra el derecho a la vida del artículo 2 CEDH cuando se niega la gratuidad de una asistencia médica o unas prestaciones farmacéuticas a las que el sujeto tiene derecho por reconocimiento legal o judicial; SSTEDH de 9 de abril de 2013 y de 27 de enero de 2015, asuntos *Mehmet Sentürk y Bekir Sentürk c. Turquía* y *Asiye Genc c. Turquía*, en los que el Estado no responde a las obligaciones positivas de protección de la salud y de prestación de una adecuada asistencia sanitaria que derivan del artículo 2 CEDH; STEDH de 13 de diciembre de 2016, asunto *Paposhvili c. Bélgica*, en la que el TEDH confirma la violación del artículo 3 CEDH por la deportación de un extranjero a Georgia sin que las autoridades belgas hubieran evaluado el riesgo que asumía esa persona a la luz de la información existente sobre su estado de salud y sobre la disponibilidad de un tratamiento adecuado en Georgia. El Tribunal Constitucional español no siguió esta técnica interpretativa en la citada STC 139/2016, de 21 de julio, sobre la reforma del Real Decreto-ley 16/2012.

protección de la salud y a la asistencia médica, previendo, para garantizar su ejercicio efectivo, la adopción de diversas medidas preventivas, educacionales y asistenciales (entre ellas la de “prevenir en la medida de lo posible epidemias”). El Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), órgano de supervisión de la Carta, ha desarrollado también el contenido de estos preceptos teniendo en cuenta las Observaciones generales del Comité DESC de Naciones Unidas y la relación de los arts. 11 y 13 CSE con la dignidad humana y el derecho a la vida del artículo 2 CEDH y la prohibición de los tratos inhumanos y degradantes del artículo 3 CEDH¹³.

¹³ Cfr. *Digest of the case law of the European Committee of Social Right* (December 2018: 128), disponible en: <https://rm.coe.int/digest-2018-parts-i-ii-iii-iv-en/1680939f80>. Respecto a la aplicación del artículo 11.1 CSE a nuestro país, el CEDS afirmaba ya en las *Conclusiones XX-2 del Informe de 2013* (publicado en 2014) que la medida adoptada por el Real Decreto-ley 16/2012 de privar de la asistencia sanitaria a los extranjeros mayores de dieciocho años que residieran de forma irregular en el país era contraria al artículo 11 CSE. El Comité recordaba también que “la crisis económica no puede servir de pretexto para una restricción o negación del derecho a la protección de la salud que afecte a la esencia misma del derecho”. Extremo que habría de considerarse en la situación de recesión económica derivada de la crisis sanitaria producida por el coronavirus. Sin embargo, sorprendentemente, el CEDS, en las *Conclusiones XXI-2 del Informe de 2017* (publicado en 2018), reconocía que, en el ámbito de la aplicación personal, la situación de España en el periodo de 2012 a 2015 era conforme a los arts. 11 y 13 CSE. Debido fundamentalmente a que las Comunidades Autónomas, al tener competencia exclusiva en materia de asistencia social, habían desarrollado acciones sociales destinadas a preservar la salud de los extranjeros mayores de edad sin permiso para residir en España y sin recursos económicos para cubrir sus necesidades sanitarias. Vid. el *Informe del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa, sobre la conformidad de la legislación de los países miembros con la Carta Social Europea: CONCLUSIONS XX-2* (2013), *European Social Charter European Committee of Social Rights (Spain)*, January, 2014, disponible en: [https://hudoc.esc.coe.int/eng/#{%22ESCDcldentifier%22:\[%22XX-2/def/ESP/11/1/EN%22\]}](https://hudoc.esc.coe.int/eng/#{%22ESCDcldentifier%22:[%22XX-2/def/ESP/11/1/EN%22]}) y *CONCLUSIONS XXI-2* (2017), *European Social Charter. European Committee of Social Rights (Spain)*, January, 2018, disponible en: [https://hudoc.esc.coe.int/eng/#{%22ESCDcldentifier%22:\[%22XXI-2/def/ESP/13/1/EN%22\]}](https://hudoc.esc.coe.int/eng/#{%22ESCDcldentifier%22:[%22XXI-2/def/ESP/13/1/EN%22]}). Además del sistema de informes nacionales, en virtud del Protocolo Adicional a la CSE aprobado el 11 de noviembre de 1995, con entrada en vigor el 1 de julio de 1998 (tampoco ratificado por España), el CEDS adopta decisiones a través del procedimiento de reclamaciones colectivas. En el ejercicio de este procedimiento, puede destacarse la Decisión de 11 de septiembre de 2012, sobre la Reclamación nº 67/2011, *Médecins du Monde – International c. Francia*, en la que el CEDS recrimina a Francia las dificultades de acceso a la atención médica a menores y adultos extranjeros en situación irregular, que además constituyen grupos desfavorecidos (romanes de origen rumano y búlgaro). Acude para ello al principio de accesibilidad universal desarrollado por el Comité DESC de Naciones Unidas en la citada Observación general nº 14 (2000) (parágrafos 134-145). Jurisprudencia ratificada en la Decisión de 1 de julio de 2014, sobre la Reclamación nº 90/2013, *Conferencia de Iglesias Europeas (CEC) c. Los Países Bajos*, en la que el CEDS recuerda a los Países Bajos que “la legislación y la práctica que niegan el derecho a la asistencia médica a ciudadanos extranjeros de manera irregular dentro del territorio de un Estado Parte son contrarias a la Carta, ya que el acceso a una atención médica suficiente se ha considerado un requisito previo para la

El CEDS ha adoptado recientemente una Observación interpretativa sobre el derecho a la protección de la salud en tiempos de pandemia, de 21 de abril de 2020¹⁴. En ella, el Comité se dirige a los Gobiernos de los Estados miembros para que, durante el periodo de pandemia en que la vida y la salud de las personas se encuentran seriamente amenazadas, adopten las medidas necesarias para garantizar el derecho a la protección de la salud. Este derecho tiene la prioridad máxima en la aprobación de las políticas, leyes y otras acciones que se acometan como respuesta a la pandemia (medidas de seguridad para evitar la propagación del virus, atender a los enfermos, proteger al personal sanitario o medidas informativas). Ahora bien, el CEDS recuerda también a los Estados partes que el derecho a la protección de la salud incluye el derecho de acceso a la atención médica, que debe garantizarse a todas las personas sin discriminación alguna, en particular a las que se encuentren en riesgo de exclusión social (personas sin hogar, con discapacidad, presos, personas mayores, inmigrantes en situación irregular). En este sentido, como ha manifestado la OMS, la equidad en la salud debe ser el objetivo prioritario, no solo durante la pandemia sino también después de ella. Asimismo, el CEDS alerta a los Estados miembros para que las medidas que adopten contra la pandemia no conlleven la vulneración de otros derechos reconocidos en la Carta como el derecho a unas condiciones laborales seguras, el derecho a la seguridad social, el derecho a la vivienda o el derecho a no sufrir pobreza y exclusión social. Es más, el CEDS considera que los Estados deben de actuar para evitar que las personas se queden sin medios mínimos de subsistencia, ante el impacto de la crisis sanitaria sobre el empleo y los derechos laborales.

C) En el marco de la Unión Europea, una contribución relevante en la tutela internacional del derecho a la protección de la salud es el artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), de 7 de diciembre de 2000, en su versión adaptada tras la entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009 del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007. Reconoce en primer término el derecho de “*toda persona* a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria”, aunque seguidamente utiliza una cláusula de posible restricción, al remitirse a “las

preservación de la dignidad humana (*FIDH c. Francia*)”, “valor fundamental y también el núcleo del derecho europeo de los derechos humanos” (parágrafos 105 y 125).

¹⁴ Disponible en: <https://rm.coe.int/statement-of-interpretation-on-the-right-to-protection-of-health-in-ti/16809e3640>

condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales” que, en todo caso, no podrán contradecir la prohibición de la discriminación del artículo 21 de la Carta. Por otro lado, este derecho de acceso a la atención sanitaria formulado con carácter universal se combina, tal y como se dice en el inciso tercero del precepto, con un principio que debe regir la definición y ejecución de todas “las políticas y acciones de la Unión”, el de garantizar “un alto nivel de protección de la salud humana”. También hay que citar, como Derecho originario, el artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), después de la reforma y entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que incluye entre las políticas y acciones internas de la Unión “la salud pública”. El apartado 1º de este precepto, por influencia del artículo 12.1 PIDESC, dispone que ha de garantizarse “un alto nivel de protección de la salud humana” y que para ello “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 comprenderá, entre otras actuaciones, “la vigilancia de las amenazas transfronterizas graves para la salud, la alerta en caso de tales amenazas y la lucha contra ellas”. El apartado 5º del artículo 168 TFUE, encomienda además al Parlamento Europeo y al Consejo la adopción de “medidas de fomento destinadas a proteger y mejorar la salud humana y, en particular, a luchar contra las pandemias transfronterizas”, como la originada por el coronavirus. Aunque en esta materia de salud pública, según establece el artículo 168 TFUE, la competencia de la Unión Europea es complementaria a la de los Estados miembros, la intervención inicial de las instituciones de la Unión Europea ha dejado mucho que desear. Parece, en palabras de Bombillar (2020: 4), “que estamos unidos en la diversidad, pero no en la adversidad”, ante la falta de un compromiso decidido y rápido de la Unión para liderar y coordinar actuaciones de los Estados miembros contra los problemas causados por la crisis sanitaria del coronavirus¹⁵.

¹⁵ Aun así, puede destacarse la Resolución del Parlamento Europeo sobre la acción coordinada de la Unión para luchar contra la pandemia de COVID-19 y sus consecuencias (2020/2616(RSP)), de 15 de abril de 2020, disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/RC-9-2020-0143_ES.html, que contiene algunas propuestas de actuación de las instituciones de la Unión y de los Estados en aspectos relacionados con la “solidaridad y acción europeas en el sector de la salud”; las “soluciones europeas para superar las consecuencias económicas y sociales” o la “protección de la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales”.

En el contexto de la Europa social, habría que aludir también al Pilar europeo de derechos sociales, proclamado conjuntamente el 17 de noviembre de 2017 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, en la Cumbre social en favor del empleo justo y el crecimiento celebrada en Gotemburgo¹⁶. Es una carta europea de derechos sociales en la que las instituciones europeas reconocen en favor de los ciudadanos de la Unión y de los nacionales de terceros países con residencia legal veinte principios y derechos sociales. El capítulo III, dedicado a la “protección e inclusión social”, contiene el decimosexto principio, sobre la “sanidad”, que se formula también con carácter universal: “*toda persona* tiene el derecho de acceder oportunamente a una asistencia sanitaria, preventiva y curativa de buena calidad y de costes asequibles”. Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, estamos ante un instrumento de *soft-law*, ante un documento programático que contiene unas recomendaciones dirigidas a los Estados miembros de la Unión. Como se dice en su preámbulo, es “una guía para garantizar una mejor regulación y aplicación de los derechos sociales” (parágrafo 12). Ninguna de sus disposiciones “debe poder interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos y principios reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión o por el Derecho internacional y por los convenios internacionales de los que son parte la Unión o los Estados miembros” (parágrafo 16). Desde una perspectiva competencial, “no implica una ampliación de las competencias (...) de la Unión otorgadas por los Tratados”. Debe, por tanto, “aplicarse dentro de los límites de dichas competencias”, que en materia social corresponden a los Estados miembros (parágrafo 18).

La CDFUE al incluir en su articulado a los derechos sociales fundamentales les otorga la naturaleza de Derecho originario, al igual que las clásicas libertades públicas fundamentales, correspondiendo al TJUE la función de dotar de “más músculo a los objetivos de política social en sus controles de proporcionalidad” (García Pechuán, 2019: 1086 y 1114). Sin embargo, en opinión de Jimena (2018: 836), no parece que vayan a generar una jurisprudencia de gran impacto, salvo en casos de discriminación, ya que, por su ubicación en la CDFUE, algunos de ellos quedarían relegados a la categoría de principios o de

¹⁶ Publicado en el Diario oficial de la Unión Europea (DOUE) de 13 de diciembre de 2017, (2017/C 428/09), disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2017.428.01.0010.01.SPA&toc=OJ:C:2017:428:TOC.

políticas comunitarias susceptibles de ser desarrollados por acciones de los poderes públicos¹⁷.

La mayoría de las normas internacionales citadas son estándares mínimos de tutela del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria como derecho humano básico. Esto es, como un derecho inherente a la persona que tiene una relación próxima con la dignidad y con otros derechos fundamentales como el derecho a la vida y a la integridad física y moral. La característica de la universalidad, expresada normativamente mediante las palabras “toda persona” o “todos”, supone la atribución de la titularidad del derecho a cualquier persona por el hecho de serlo y con independencia de la condición de nacional o extranjero, e incluso de la situación legal en la que se encuentre en el país. Como estándares mínimos de tutela del derecho, las normas internacionales obligan a los Estados firmantes a cumplirlas y a ajustar sus leyes al contenido de aquellas y a la interpretación realizada por sus órganos de supervisión, de acuerdo con el mandato contenido en el artículo 10.2 CE en relación con el artículo 96.1 CE. Y ello sin perjuicio de que algunas de las decisiones adoptadas por dichos órganos de control, como las observaciones generales o declaraciones del Comité DESC de Naciones Unidas o los informes u observaciones interpretativas del CEDS del Consejo de Europa, se sitúen en el ámbito del denominado *soft-law*. Esto es, de resoluciones que formulan recomendaciones a las autoridades de los Estados miembros para que complementen e integren sus normas internas y adopten medidas efectivas para garantizar la efectividad del derecho. Sin embargo, en determinados casos, la realidad ha discurrido por otros derroteros, como ha sucedido, por ejemplo, en relación con las personas inmigrantes en situación administrativa irregular, para las que la nacionalidad o la residencia legal es una condición utilizada por el legislador nacional para limitar el carácter universal del derecho a la protección de la salud. Restricción que, además, fue avalada por el Tribunal Constitucional en la citada y polémica STC 139/2016, de 21 de julio, que declaró conforme al art. 43 CE y (dudosamente) ajustada a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos la reforma de la LCCSNS por el Real Decreto-ley 16/2012.

¹⁷ Cfr. también las SSTJUE, Sala Primera, de 14 junio de 2016, *Comisión Europea c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, asunto C-308/14* y de la Sala Tercera, de 18 de enero de 2018, *Ruiz Conejero, asunto C-270/16*

Ahora bien, una situación de pandemia como la causada por el virus covid-19, ha puesto de manifiesto también la importancia de la característica de la universalidad protectora del derecho y la necesidad de garantizar el derecho de acceso a la asistencia sanitaria a todas las personas sin discriminación alguna. Ello implica que la atención médica en una emergencia sanitaria como la del coronavirus debe ser efectiva y asequible para todos, en particular, para los colectivos vulnerables (Observación interpretativa del CEDS sobre el derecho a la protección de la salud en tiempos de pandemia, 2020).

IV. EL RESURGIMIENTO DE LA SALUD PÚBLICA COLECTIVA COMO BIEN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL LIMITADOR DE DERECHOS

El bien jurídico-constitucional objeto de tutela del derecho a la protección de la salud del artículo 43 CE es la salud, un concepto eminentemente científico cuya definición jurídica clásica se contiene en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 7 de abril de 1948, cuando dice que “la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”¹⁸. Es un concepto de salud que supera la acepción antigua formulada en sentido negativo como ausencia de enfermedad o dolor, para acoger un significado más próximo a la realidad actual, identificándolo con un estado completo de bienestar y esperanza de vida. Con él se relaciona la salud con otros bienes jurídicos protegidos en otros preceptos constitucionales como los arts. 40.2, 45 o 51.1 CE. Aunque la salud como bien jurídico objeto del derecho puede considerarse único, desde el punto de vista de la acción protectora de los poderes públicos, puede distinguirse entre una salud individual y una salud pública o colectiva. En la primera, el destinatario es la persona en singular, el paciente al que van dirigidas actuaciones asistenciales o curativas; en la segunda, el destinatario es la población en su conjunto, las personas como parte de la colectividad a las que van dirigidas actuaciones generalmente preventivas para evitar daños en su salud. Ahora bien, en la práctica esta distinción no es tan clara, al existir supuestos de intersección entre ambas vertientes y tipos de acciones

¹⁸ Esta Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946, entrando en vigor el 7 de abril de 1948. Disponible en: https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf?ua=1.

asistenciales o preventivas que, en última instancia, redundan en una protección de la salud de la persona individual (Cierco, 2006: 8 y 16 y Escobar, 2012: 1093-1094). Por ejemplo, en el caso de una enfermedad transmisible como la causada por el virus covid-19, lo que surge como un problema de salud individual se convierte en un problema de salud pública y, a la inversa, lo que se presenta como una cuestión de salud colectiva puede concretarse en un daño a la salud de una persona.

Como se ha dicho, el artículo 43.2 CE atribuye expresamente a los poderes públicos la competencia de “tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”. Los ámbitos sobre los que pueden actuar los poderes públicos para tutelar la salud pública son muy amplios y están en proceso de cambio permanente. Ello es debido a que son varios los factores que condicionan la salud de la población. A estos se les conoce usualmente como “determinantes de la salud”, pudiendo citarse, entre otros, los hábitos alimenticios, el estilo de vida, la calidad medioambiental, las condiciones laborales, las epidemias....

La salud pública como vertiente del derecho a la protección de la salud, que había perdido cierto protagonismo en el Estado social, ha recobrado ahora, en tiempos de pandemia, el “cetro”, el espacio cedido, haciendo valer el viejo principio de Cicerón, adaptado a los principios del Estado constitucional, *Salus Publica suprema lex esto* (Bombillar, 2020: 3). Ahora bien, las normas que actualmente rigen la salud pública y las medidas para afrontar una crisis sanitaria como la del virus covid-19, se caracterizan por su incompleta y deficiente regulación. El marco jurídico aplicable se contiene fundamentalmente en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LOMESP) y en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP).

La LGS es una ley básica que, en sus arts. 23 a 31, particularmente en el art. 26.1, contiene diversas medidas preventivas -de intervención y de autorización- que podrán ser adoptadas por las Administraciones públicas para preservar la salud pública en situaciones no excepcionales y urgentes (incautación de productos, suspensión de actividades, cierres de empresas, intervención de medios materiales y personales).

La LOMESP consta de cuatro artículos extraídos de la LGS por estar sujetos a la reserva de ley orgánica. Habilitan a las autoridades sanitarias de las Administraciones estatales y autonómicas para adoptar determinadas medidas en situaciones de grave riesgo para la salud pública que afecten de modo intenso a los derechos fundamentales de una persona o de un grupo de personas. Se trata de medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control de enfermos o de personas en contacto con ellos aplicadas de modo obligatorio que, aunque pudieron estar pensadas para supuestos graves de epidemias, precisan de una actualización y regulación más amplia para adaptarlas a una situación de pandemia (arts. 2 y 3)¹⁹. Algunas de ellas, por incidir precisamente sobre el contenido de derechos fundamentales, precisan de una autorización judicial que no está contemplada en la Ley. Por ello, el artículo 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), modificado por la disposición final 14.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, integró esa laguna legal respecto de la intervención judicial, al atribuir a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la competencia para autorizar o ratificar las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental²⁰. Este precepto, junto a los arts. 10.8, 11.1.i) y 122 quater LJCA, han sido modificados por la Disposición final segunda 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 Justicia²¹. Ahora, el art. 8.6 mantiene esa competencia de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo acotada a las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias cuando estén contenidas “en actos

¹⁹ Las medidas del artículo 4 destinadas a garantizar el abastecimiento y distribución de un producto sanitario o de cualquier producto necesario para la protección de la salud, han sido modificadas por el Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública, como consecuencia de la epidemia originada por el virus Covid-19. Es una modificación concreta de la LOMESP en el contexto de la crisis sanitaria, la única desde que se aprobó hace treinta y cuatro años.

²⁰ Como ha dicho Salamero (2018: 164-169), convendría también regular aspectos procedimentales para la adopción y ejecución de las medidas y fijar algunos criterios que sirvan de orientación al juez para decretarlas.

²¹ La Exposición de motivos de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre no alude para nada a esta modificación, ni tan siquiera para decir que entre las medidas organizativas que se introducen en el ámbito de la Administración de Justicia por causa del Covid-19, está la reforma de los arts. 8.6, 10.8, 11.1.i) y 122 quater de la Ley 29/1998, de 13 de julio, sobre la competencia de algunos órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

administrativos singulares que afecten únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada”. Cuando las medidas limitadoras de los derechos fundamentales sean adoptadas por autoridades sanitarias no estatales y sus destinatarios no estén identificados individualmente, la competencia recaerá en las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 10.8 LJCA). Si las medidas restrictivas no individualizadas fuesen adoptadas por una autoridad sanitaria estatal, la competencia residirá en la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (art. 11.1.i) LJCA). La reforma de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, añade un nuevo precepto, el art. 122 quater LJCA, que recoge algunos aspectos procedimentales, como el carácter preferente que tendrá la tramitación de las autorizaciones o ratificaciones judiciales de las medidas restrictivas de los derechos, su resolución en un plazo sumamente breve, tres días naturales y la intervención como parte del Ministerio fiscal. Con esta reforma exprés se traslada a los tribunales una especie de control previo de las medidas limitadoras de derechos fundamentales cuyos destinatarios no estén identificados individualmente cuando sean adoptadas por autoridades sanitarias estatales o autonómicas. Medidas restrictivas de derechos con carácter general e indiscriminado que, aunque se diga en los arts. 8, 10 y 11 LJCA que se adoptan “con arreglo a la legislación sanitaria”, esta no contempla expresamente ese tipo de medidas, por mucho que se pretenda ubicarlas en el inciso final del art. 3 LOMESP cuando alude a cualesquiera otras “que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible con arreglo a la legislación sanitaria”.

La LGSP es una ley de bases que regula acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas en materia de salud pública, reforzando las competencias estatales. Establece derechos y deberes de los ciudadanos y acciones públicas de fomento y de carácter preventivo en materia de salud pública aplicables a diferentes sectores. El art. 54 reitera las medidas del artículo 26 LGS aplicándolas a situaciones excepcionales y de extraordinaria gravedad o urgencia²².

²² A estas leyes estatales en materia de salud pública (que son legislación básica) hay que añadir las aprobadas por las Comunidades Autónomas, que no han desarrollado tampoco algunas de las medidas limitadoras de derechos fundamentales por temor a vulnerar la reserva de ley orgánica. La deficiente e incompleta regulación de esta materia, que origina problemas de inseguridad jurídica y hace necesaria su actualización y reforma e, incluso una ley de

Otra norma que concreta algunas de las medidas limitativas de derechos de las personas por razones de salud pública es el artículo 9.2.a) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LAP), que prevé la realización de intervenciones clínicas sin el consentimiento del paciente, cuando exista un riesgo para la salud pública por razones sanitarias conforme a lo establecido en la LOMESP. El precepto establece expresamente la intervención judicial, esto es, la comunicación “a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas”, solo para aquellas medidas que consistan en el internamiento obligatorio. Consideramos, sin embargo, que esta norma ha de ponerse en relación con el citado artículo 8.6 LJCA y que la autorización o ratificación judicial ha de extenderse también a las otras intervenciones o tratamientos clínicos obligatorios que -para tutelar la salud pública- restrinjan derechos fundamentales de la persona afectada.

Como es conocido, a estas leyes habría que añadir la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOEAES) que, en su art. 4.b), contempla las epidemias como supuesto de crisis sanitaria que constituye una alteración grave de la normalidad al incidir sobre la salud colectiva, en virtud del cual y por la facultad que le otorga el artículo 116.2 CE, el Gobierno, dando cuenta al Congreso, podrá acordar por decreto aprobado en Consejo de Ministros la declaración del estado de alarma en todo o parte del territorio nacional por un plazo máximo de quince días. Algunas de las medidas que puede adoptar el Gobierno con restricción de algunos de los derechos y libertades de los ciudadanos están previstas en el artículo 11 de la Ley: la

emergencias de salud pública, ha sido denunciada por administrativistas especialistas en la materia como Cierco (2006: 163-168 y 2020: 29-33) y Salamero (2018: 152-157). Ofrecen algunos ejemplos sobre los vacíos normativos que existen sobre el contenido y rasgos característicos de algunas medidas menos incisivas sobre libertades básicas como la cuarentena, el aislamiento o el control y seguimiento de enfermos y sus contactos (Cierco, 2020: 44). Lo cierto es que, habiendo transcurrido varios meses desde la declaración del estado de alarma, el Parlamento no ha sido capaz de reformar la LOMESP o de aprobar una ley orgánica, adaptada a la emergencia sanitaria provocada por el virus Covid-19, en la que se habilite a las Comunidades Autónomas a aprobar normas que contengan medidas limitadoras de derechos fundamentales en su territorio para preservar la salud pública e individual de sus ciudadanos. No puede ser que las instituciones competentes de las Comunidades Autónomas tengan que aprobar normas reglamentarias con autorización o ratificación judicial, o incluso decretos-ley, ambas de dudosa constitucionalidad, para restringir derechos como la libertad de circulación mediante el confinamiento urgente, obligatorio y general de una parte o de todo el territorio de la Comunidad.

limitación de la circulación o permanencia de personas o vehículos; las requisas temporales de bienes; la intervención y ocupación transitoria de industrias o fábricas; la limitación del uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad; o el aseguramiento del abastecimiento de los mercados y del funcionamiento de los servicios de los centros de producción de los artículos de primera necesidad. El artículo 12.1 habilita también a la autoridad competente para que adopte las medidas establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas (algunas ya mencionadas).

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la covid-19, que tiene rango o valor de ley, dado su contenido normativo y efectos jurídicos (ATC 7/2012, de 13 de enero, FJ 3 y STC 83/2016, de 28 de abril, FFJJ 9 y 10), establece en su articulado diferentes medidas para hacer frente a la grave y excepcional situación de emergencia sanitaria, algunas de ellas restrictivas de derechos fundamentales de los ciudadanos (arts. 7 a 19).

La protección de la salud pública e individual es, junto a la vida e integridad física de las personas, uno de los bienes jurídico-constitucionales que legitima la actuación de los poderes públicos, en este caso del Gobierno, para adoptar las medidas de lucha contra la pandemia y limitar el ejercicio de algunos de los derechos de las personas. No puede invocarse de forma abstracta e indiscriminada, sino que ha de hacerse de modo motivado y con respeto al principio de proporcionalidad y a sus criterios. El Preámbulo del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, alude expresa y someramente a la protección de “la salud y seguridad de los ciudadanos” como uno de los motivos para justificar “la acción (...) del Gobierno”, una vez identificado el supuesto de hecho que da lugar a la declaración del estado de alarma: “las crisis sanitarias que supongan alteraciones graves de la normalidad” (art. 4.b) LOEAES). El Gobierno relaciona aquí la protección de la salud con la seguridad, pudiendo haberlo conectado también con la vida e integridad física de las personas. Ha de tenerse en cuenta que la vertiente pública de la seguridad, la seguridad ciudadana, guarda una vinculación más estrecha con el orden público, cuya alteración grave constituye uno de los supuestos de la declaración del estado de excepción (art. 13.1 LOEAES).

En la exposición de motivos del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, continuando con la práctica seguida en los últimos años por el Gobierno al aprobar decretos-ley -avalada por el Tribunal Constitucional-, puede comprobarse cómo aquel alude de forma escueta al principio de proporcionalidad para justificar las medidas limitadoras de los derechos de los ciudadanos²³. El preámbulo del Real Decreto no contiene una ponderación entre los derechos en juego, sino que otorga una prioridad absoluta al derecho a la protección a la salud.

No hay duda de que la declaración del estado de alarma por el Gobierno, al acreditarse la alteración grave de la normalidad por la crisis sanitaria ocasionada por la pandemia del coronavirus, ha afectado y restringido de forma intensa el ejercicio de varios derechos fundamentales como la libertad personal, la libre circulación de personas, la propiedad, la libertad de empresa, la libertad de culto o los derechos de reunión y manifestación. También es claro que la limitación severa de estos derechos responde a una causa legal concreta, la epidemia, y a una finalidad legítima perseguida por los poderes públicos, la protección de la salud pública e individual, así como la vida e integridad física de las personas (arts. 43.1 y 2 y 15 CE).

De igual modo, puede entenderse que la medida de confinamiento obligatorio y general de la mayoría de la población en sus domicilios, salvo determinadas excepciones, haya sido necesaria, adecuada y proporcionada al objetivo perseguido, controlar la pandemia, impedir la propagación de la enfermedad y evitar el colapso del sistema sanitario. E incluso que probablemente ese objetivo no hubiera podido alcanzarse con otras medidas menos lesivas e invasivas de los derechos fundamentales afectados, o que en una ponderación de los bienes jurídicos en liza, los sacrificados por las medidas limitadoras lo han sido para preservar otros bienes e intereses jurídicos superiores como la salud y la vida e integridad física.

Más dudas me suscita el hecho de si el Gobierno ha actuado conforme a la Constitución y a la ley al acudir al instrumento de la declaración del estado de alarma y no al de la declaración del estado de excepción. Sobre todo, por las

²³ “Las medidas que se contienen en el presente real decreto son las imprescindibles para hacer frente a la situación, resultan proporcionadas a la extrema gravedad de la misma y (se añade para excluir la declaración del estado de excepción) no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental, tal y como prevé el artículo 55 de la Constitución”.

consecuencias que las medidas adoptadas por el Gobierno, singularmente la del confinamiento general y obligatorio, han tenido sobre algunos de los derechos, particularmente los de libertad personal y libertad de movimiento, al haberlos suspendido más que limitarlos severamente²⁴.

De una interpretación literal del artículo 4.b) LOEAES, podría deducirse que estamos ante uno de los supuestos naturales que dan lugar a la declaración del estado de alarma, la crisis sanitaria provocada por una epidemia con una grave alteración de la normalidad. Para atajar sus efectos se procede a restringir algunos de los derechos de las personas. Estos no se suspenden, sino que se limita su contenido, ejercicio y eficacia por un periodo de tiempo. Para declarar el estado de excepción, que permitiría, según lo previsto en el artículo 55.1 CE y lo manifestado en la STC 83/2016, de 28 de abril, FJ 8, la suspensión de algunos derechos (en este caso, los de los arts. 17 y 19 CE, según los arts. 16 y 20 LOEAES), es preciso que hubiera concurrido alguno de los supuestos del artículo 13.1 LOEAES, esto es, una alteración grave del “libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público”. Algunos autores han sostenido que para declarar el estado de excepción habría de haberse producido una grave alteración del funcionamiento de las instituciones democráticas y del orden público por motivos “políticos” o “constitucionales”; algo que está lejos de lo que realmente ha sucedido, una alteración grave de la

²⁴ El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 6 de mayo de 2020, ha admitido a trámite un recurso de inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario VOX contra el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. El Defensor del Pueblo por resolución de 3 de septiembre de 2020, dictada en relación con las solicitudes de recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto 463/2020, ha decidido no interponer recurso de inconstitucionalidad contra dicha norma y sus prórrogas. Esta institución considera que las medidas adoptadas en el Real Decreto 463/2020, limitaron el ejercicio de algunos de los derechos fundamentales, para salvar la vida y preservar la salud de las personas, pero no los suspendieron. Algunas de las razones esgrimidas por el Defensor del Pueblo para justificar que estábamos ante una situación de estado de alarma y no de excepción son que el estado de alarma era “una salida constitucional, proporcionada, realista y orientada a salvar vidas”, sin que fuera adecuada la declaración del estado de excepción porque “ni había un problema de orden público ni procedía la suspensión de derechos fundamentales”; la “naturaleza y el número de los derechos fundamentales que pueden ser suspendidos en el estado de excepción hubiera constituido una respuesta exorbitante, gravemente lesiva para los ciudadanos y claramente improcedente”. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/recurso-tc/real-decreto-463-2020-14-marzo-se-declara-estado-alarma-la-gestion-la-situacion-crisis-sanitaria-ocasionada-covid-19-boletin-oficial-del-estado-numero-67/>

normalidad causada por una crisis sanitaria provocada por un virus, que se sitúa claramente en el supuesto del artículo 4.b) LOEAES, del estado de alarma (De la Quadra, 2020: 1).

Difiero de esta posición y comparto con otros autores que la situación realmente vivida, aunque haya consistido en una alteración grave de la normalidad originada por una crisis sanitaria como la pandemia, sus gravísimas consecuencias sobre las condiciones de vida de la comunidad y sobre el ejercicio de los derechos por sus miembros, lo incluirían en el supuesto del artículo 13.1 LOEAES, de una alteración grave del orden público social y económico, propio del estado de excepción (Aragón, 2020a: 1 y 2020b: 1). No es necesario alcanzar el nivel de máxima gravedad de este estado de emergencia, la amenaza para el orden público político o constitucional. Por otro lado, en un momento determinado, ha tenido lugar también una circunstancia que tenía cabida en el supuesto del estado de excepción del artículo 13.1 LOEAES, la alteración grave “de los servicios públicos esenciales para la comunidad”, cuyo restablecimiento fuera insuficiente con “el ejercicio de las potestades ordinarias”. Me refiero a la situación de colapso de numerosos centros sanitarios en los momentos álgidos de la crisis sanitaria, que impidió acceder a las Unidades de Cuidados Intensivos y a los equipos de ventilación mecánica asistida a los pacientes que lo precisaban. Con el problema añadido del dilema moral de los profesionales sanitarios de dar prioridad a unos enfermos sobre otros²⁵. O el hecho de haber levantado hospitales de campaña para albergar a pacientes menos graves que no tenían cama en los hospitales ordinarios. Creo que estas circunstancias podrían considerarse como una alteración grave de un servicio público esencial para la comunidad como es la sanidad, cuyo sistema nacional de salud se ha visto desbordado por el coronavirus.

Coincido también con la opinión de otros autores en que la medida limitadora del derecho a la libertad de circulación de las personas (art. 7 del Real Decreto

²⁵ A pesar incluso de la elaboración de algunos informes del Ministerio de Sanidad o de Comités de Bioética, que tenían en cuenta determinados criterios como las patologías crónicas graves (no la edad ni la discapacidad) para facilitar la toma de decisiones. *Vid.*, por ejemplo, *El informe del Ministerio de Sanidad sobre los aspectos éticos en situaciones de pandemia: el SARS-CoV-2*, de 3 de abril de 2020. Disponible en: https://www.msbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/200403-informe_pandemia-final-maquetado.pdf

463/2020), que ha consistido en un confinamiento obligatorio y general de casi todas las personas en sus domicilios, aunque haya sido por un periodo de tiempo determinado (si bien considerable, 99 días) y con determinadas excepciones, ha supuesto en la práctica una suspensión material del derecho y de otros derechos de forma implícita, como los de reunión y manifestación (que no han podido ejercerse como consecuencia de la suspensión del primero)²⁶. Debido a ello, conforme a lo dispuesto en el artículo 116 CE en relación con el artículo 55.1 CE, el Gobierno debiera de haber aprobado un real decreto declarando el estado de excepción.

V. REFLEXION FINAL

La crisis sanitaria causada por el coronavirus ha puesto de manifiesto la relevancia de un derecho social, el derecho a la protección de la salud, que es materialmente fundamental por su relación con la dignidad y otros derechos fundamentales como el derecho a la vida e integridad física. De igual modo, ha reforzado uno de los objetivos perseguidos por el legislador desde la LGS, la consolidación de un modelo de salud universal capaz de procurar asistencia sanitaria a todas aquellas personas que la necesiten, en particular a los colectivos vulnerables, algunos de ellos golpeados especialmente por el virus covid-19.

Los tribunales nacionales al interpretar el art. 43 CE y ponderarlo con otros derechos constitucionales han de tener en cuenta los estándares internacionales de tutela del derecho a la protección de la salud y las decisiones y observaciones formuladas por los órganos encargados de la aplicación de los tratados suscritos por España. Algunas de ellas han sido aprobadas con ocasión de la enfermedad provocada por el coronavirus como la del Comité DESC de Naciones Unidas, de 17 de abril de 2020, o la del CEDS del Consejo de Europa, de 21 de abril de 2020. Aunque puedan considerarse

²⁶ Cfr., entre otros, Aragón (2020a: 1 y 2020b: 1); Santamaría Pastor (2020: 227-230) y Cotino (2020: 89). Para Díaz Revorio (2020: 1), “la medida del art. 7 va más allá de las restricciones de la libertad de circulación, estableciendo una auténtica suspensión general, total en cuanto a las personas, y solo con excepciones muy puntuales en cuanto a las situaciones”, de ahí que hayamos estado ante “un estado de excepción encubierto”, en el que la regla general ha sido la prohibición de la circulación de las personas con limitadas excepciones para casos concretos. En palabras de Flores (2020: 1), “el estado de alarma supone libertad con límites, no un confinamiento con excepciones”, que es lo que ha imperado.

documentos *soft-law*, contienen recomendaciones interesantes sobre la equidad y universalidad del derecho a la protección de la salud como objetivo prioritario durante y después la pandemia; o sobre el respeto de las obligaciones contraídas por los Estados en los tratados a la hora de adoptar medidas contra la pandemia.

Durante la crisis sanitaria, la salud pública como parte de la dimensión asistencial del derecho a la protección de la salud ha recobrado el protagonismo que había perdido décadas atrás. Sin embargo, la crisis ha evidenciado también la anticuada, incompleta y deficiente legislación que regula dicha materia, no solo en situaciones no excepcionales, sino también y, sobre todo, en situaciones de anormalidad y de urgencia.

Con la emergencia sanitaria ocasionada por la covid-19, el Gobierno aprobó el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma. Creo que las medidas limitadoras de derechos y libertades que en él se contienen, sin perjuicio de una mayor motivación, se han adoptado de forma razonada, proporcionada y para alcanzar una finalidad legítima, la protección de la salud pública e individual, así como la vida e integridad física de las personas. Incluso la medida más intensa y restrictiva, la de confinamiento obligatorio y general de la mayoría de la población, como se ha demostrado, ha sido necesaria y adecuada para la consecución del fin perseguido. Sin embargo, por las circunstancias que acontecieron, considero que hubiese sido más acorde con la Constitución y la legislación de desarrollo, la declaración del estado de excepción, en lugar del estado de alarma. Así lo justificaría la alteración grave del orden público social y económico que produjo la medida del confinamiento y sus arduas consecuencias sobre las condiciones de vida de la comunidad y el ejercicio de los derechos por los ciudadanos. O la alteración grave de un servicio público esencial para la comunidad como la sanidad, por el colapso sufrido por numerosos centros sanitarios durante la crisis sanitaria.

VI. BIBLIOGRAFÍA

— ARAGÓN REYES, M., (2020a) “Hay que tomarse la Constitución en serio”, *El País*, de 10 de abril de 2020, disponible en: https://elpais.com/elpais/2020/04/09/opinion/1586420090_736317.html

- “Dos precisiones”, *El País*, de 18 de abril de 2020, disponible en: https://elpais.com/elpais/2020/04/17/opinion/1587133692_217311.html

— BOMBILLAR Sáenz, F.M., “*Salus publica suprema lex esto*: la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios desde el derecho administrativo español a propósito del Covid-19”, disponible en: <https://lawagainstpandemic.uj.edu.pl/2020/04/10/salus-publica-suprema-lex-esto/>

— BORRAJO DACRUZ, E., “Artículo 43, protección de la salud”, en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Ó. Alzaga Villamil (dir.). Tomo IV, Edersa, Madrid, 1984.

— CIERCO SEIRA, C., “Derecho de la Salud Pública y COVID-19”, en *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, D. V. Blanquer Criado (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

- *Administración Pública y Salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Comares, Granada, 2006.

— COTINO HUESO, L., “Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria”, *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, nº 86-87, 2020.

— DE LA QUADRA-SALCEDO, T., “Límite y restricción, no suspensión”, *El País*, de 8 de abril de 2020, disponible en: https://elpais.com/elpais/2020/04/07/opinion/1586245220_558731.html

— DE LORA, P., “El derecho a la protección de la salud”, en *Constitución y derechos fundamentales*, (coords. J. Betegón, F.J. Laporta y otros), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.

— DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “La salud pública como límite constitucional de los derechos”, *Tratado de Derecho Sanitario*, vol. 2, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

- “Fundamentalidad del derecho a la protección de la salud y sostenibilidad del sistema público de salud (cuando más puede ser menos)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 44, 2019.

— DELGADO DEL RINCÓN, L.E., *El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: limitaciones y problemas competenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

- “Nuevos avances en la universalización de la asistencia sanitaria en España: a propósito de la reforma apresurada, imprecisa e incompleta introducida por el Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio”, *Revista de Estudios Políticos*, nº 184, 2019b.

— DEMICHEL, A., *Le droit de la santé*, Les Études Hospitalières, Burdeos, 1999.

— DÍAZ REVORIO, J., (2020): “A vueltas con la suspensión de los derechos fundamentales”, disponible en: <https://almacenederecho.org/a-vueltas-con-la-suspension-de-los-derechos-fundamentales>

— *Digest of the case law of the European Committee of Social Right*, December, 2018, Disponible en: <https://rm.coe.int/digest-2018-parts-i-ii-iii-iv-en/1680939f80>

— ESCOBAR ROCA, G., “El derecho a la protección de la salud”, en *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, G. Escobar Roca (dir.), Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

— FLORES JUBERIA, C., “El estado de alarma supone libertad con límites, no confinamiento con excepciones”, *El Confidencial*, de 14 de abril de 2020: disponible en: https://www.elconfidencial.com/espana/2020-04-14/entrevista-carlos-flores-estado-alarma-coronavirus-libertad-limites_2544576/

— GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1982.

- GARCÍA PECHUÁN, M., “Artículo 35. Protección de la salud”, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia*, López Castillo, A. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- JIMENA QUESADA, L., “Artículo 43. El derecho a la salud”, en *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018. Libro-homenaje a Luis López Guerra*, Tomo I, P. Pérez Tremps y A. Sáiz Arnaiz (Dirs.) y C. Montesinos Padilla (Coord.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MUÑOZ MACHADO, S., *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995.
- PEMÁN GAVÍN, J.M., *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989.
- REY MARTÍNEZ, F., “Protección de la salud, atención primaria y derechos fundamentales”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 41, 2018.
- SALAMERO TEIXIDÓ, L., “La salud pública como límite a los derechos y libertades individuales en situaciones de riesgo y emergencia”, en *El Derecho ante la salud pública. dimensión interna, europea e internacional*, A. Blanc Altemir y C. Cierco Seira (coords.), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “Notas sobre el ejercicio de las potestades normativas en tiempos de pandemia”, en *COVID-19 y Derecho público (durante el estado de alarma y más allá)*, D. V. Blanquer Criado (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J., “Una revisión de la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 4, 2001.