

Artículo especial

La competencia de las autoridades sanitarias para restringir derechos en situación de crisis sanitaria



Joaquín Sarrión Esteve

Departamento de Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España

INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO

Historia del artículo:

Recibido el 14 de julio de 2020

Aceptado el 21 de julio de 2020

On-line el 14 de septiembre de 2020

Palabras clave:

COVID-19

Crisis sanitaria

Autoridades sanitarias

Medidas sanitarias

Confinamiento

Control judicial

RESUMEN

En este trabajo se realiza un breve análisis del fundamento constitucional de la protección a la salud (en particular el art. 43 en conexión con el 15 de la Constitución Española [CE]), de forma que no es necesario acudir a principios exógenos a una constitución normativa como la española, como el conocido y citado principio de necesidad bajo el aforismo *Salus publica suprema lex esto*, ya que encontramos en el propio texto constitucional la atribución a los poderes públicos de la competencia para organizar y tutelar la salud pública (art. 43 CE), pudiendo regular legalmente los deberes y obligaciones de los ciudadanos «en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública» (art. 32.4 CE). Asimismo, se estudia el marco jurídico legal español sobre salud pública, incluyendo la Ley General de Sanidad y la Ley General de Salud Pública, con especial atención al art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, que atribuye una competencia suficientemente amplia a las autoridades sanitarias para poder adoptar, en una situación de crisis sanitaria como la actual, decisiones que, con las necesarias garantías jurídicas, supongan una restricción o limitación de derechos, incluso de derechos fundamentales, como puede ser el confinamiento, requiriéndose en este último caso una autorización o ratificación judicial. No obstante, se defiende también la conveniencia de una nueva ley orgánica que regule y precise el procedimiento y las garantías necesarias para llevar a cabo la adopción y el desarrollo de estas medidas.

© 2020 SESPAS. Publicado por Elsevier España, S.L.U. Este es un artículo Open Access bajo la licencia CC BY-NC-ND (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>).

The competence of health authorities to take restrict measures on rights in a situation of health crisis

ABSTRACT

We carry out a brief analysis of the constitutional grounds on health protection (arts. 43 in connection with 15 of the Spanish Constitution [CE]), in the sense that we don't need to consider exogenous principles to a normative constitution as the Spanish one, such as the known and cited principle of necessity, under the aphorism *Salus publica suprema lex esto*. We find in the constitutional text itself the attribution to the public powers of the competence to organize and protect public health (art. 43 CE), therefore public powers are able to regulate by law the duties and obligations of citizens «in cases of serious risk, catastrophe or public calamity» (art. 32(4) CE). Moreover, we study the Spanish legal framework on public health, including the General Sanitary Law, the General Public Health Law, with a special attention to the art. 3 of Organic Law 3/1986, 14 April, on special measures in the field of public health, which attributes to the health authorities a huge competence to be able to adopt, in a situation of sanitary crisis such as the current one, decisions that, with the necessary guarantees, suppose a restriction or limitation of rights, including fundamental ones as in the case of confinement. These limitations on fundamental rights require a judicial authorization or ratification. However, we also consider the convenience of a new organic law to regulate in detail the procedure and the legal guarantees to carry out the adoption and development of these measures.

© 2020 SESPAS. Published by Elsevier España, S.L.U. This is an open access article under the CC BY-NC-ND license (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>).

Keywords:

COVID-19

Health crisis

Public health authorities

Health measures

Confinement

Judicial review

Introducción

En situaciones de crisis sanitaria se suele aludir al viejo principio latino de *Salus publica suprema lex esto*¹, o como dice el dicho

popular, de la necesidad se hace virtud. Sin embargo, en los textos constitucionales normativos no hace falta acudir a principios exógenos como el principio de necesidad, pues se contemplan en la propia norma constitucional la protección y la tutela de la salud pública.

Este artículo tiene como objetivo realizar un breve análisis de esta normativa, así como de su desarrollo legislativo (puede verse

Correo electrónico: jsarrion@der.uned.es

Tabla 1
Normas de Derecho sanitario ordinario que dan cobertura a la adopción de medidas restrictivas de derechos durante la crisis sanitaria

Tipo de norma	Nombre	Disponible en
Ley ordinaria	Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), arts. 25 y 26	https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1986-10499
Ley orgánica	Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública (LOMESP), art. 3	https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1986-10498
Ley ordinaria Ley ordinaria	Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP), art. 54	https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-15623 https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-22188
Ley ordinaria	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, art. 9.2 a)	https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718
	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA)	

una relación de las normas de Derecho sanitario ordinario en la [tabla 1](#)), y defender la existencia de una competencia suficiente por parte de las autoridades sanitarias para decidir de manera motivada la necesidad de restringir o limitar derechos, también los fundamentales, en una situación de crisis sanitaria como la actual, con las debidas garantías jurídicas.

Método

Se utiliza la metodología propia del análisis jurídico, teniendo en consideración la Constitución, la legislación, la jurisprudencia y la dogmática jurídica relevante. No aplican aquí normas éticas sobre investigaciones en seres humanos, y tampoco, por las características del estudio, se considera aplicable la perspectiva de género.

Resultados

El art. 43 de la Constitución Española (CE) atribuye a los poderes públicos la competencia para organizar y tutelar la salud pública (que también se refuerza por conexión con el art. 15 CE, derecho a la vida y la integridad física) a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, correspondiendo a la ley el establecimiento de los derechos y deberes de todos a este respecto, junto a otros artículos, como el 32.4 CE que dispone que mediante ley se pueden regular los deberes de los ciudadanos «en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública».

Así pues, encontramos el necesario fundamento constitucional para la tutela de la salud pública que, sin embargo, debe respetar las propias garantías constitucionales establecidas para los derechos, y en particular para los derechos fundamentales. Los derechos en general tienen una serie de garantías que se deben respetar; así debemos considerar el art. 53.1 CE, que establece que los derechos y libertades del Capítulo II del Título I, arts. 14 a 38 CE, vinculan a todos los poderes públicos y que su ejercicio se regulará mediante una ley que debe respetar en todo caso su contenido esencial, atribuyendo la tutela de los mismos a través del control constitucional de la ley al Tribunal Constitucional, conforme a lo previsto en el art. 161.1 a) CE. Esta cobertura legal se eleva a ley orgánica cuando se trata del desarrollo de los derechos fundamentales (Sección 1.ª del Capítulo II del Título I, arts. 15 a 29 CE) conforme al art. 81.1 CE, si bien no podemos confundir el desarrollo de un derecho con la regulación del mismo, de forma que, a pesar de ciertas dudas en la dogmática constitucional, cabe la regulación —que no el desarrollo normativo— de derechos fundamentales mediante una ley ordinaria². El problema de interpretación surge cuando se trata de precisar si la limitación de un derecho fundamental es una cuestión de regulación general o estamos ante el desarrollo de un derecho al limitar su alcance.

A mayor abundamiento, el art. 86.1 CE excluye que los decretos-leyes (previstos para regular situaciones de urgente y

extraordinaria necesidad) puedan afectar «a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I», lo que si bien literalmente parece excluir de la materia del decreto-ley la regulación de todos los derechos del Título I, el Tribunal Constitucional ha optado por una interpretación más flexible del precepto, tanto respecto de las materias excluidas como del propio concepto de afectación, de modo que rechaza tanto la opinión restrictiva que hacía coincidir la previsión del 86.1 con la reserva de ley orgánica del 81 (derechos fundamentales) como aquella otra que excluiría por completo cualquier tipo de afectación de cualquiera de los derechos y libertades del Título I, entendiéndose que lo que se excluye, se prohíbe o se veda en el art. 86.1 de la CE es toda disposición normativa en forma de decreto-ley que incida, interfiera o afecte el régimen sustantivo o el contenido o elementos esenciales de los mismos, por lo que hay que atender a su configuración constitucional, y a la naturaleza y el alcance de la regulación³. Sin embargo, lo cierto es que en la práctica se ha extendido en abundancia el uso de esta figura y se han afectado derechos individuales⁴.

Asimismo, están las previsiones del art. 116 CE, dentro de lo que se denomina el Derecho Constitucional de Excepción, que también es una respuesta constitucionalmente posible a la crisis sanitaria, quizá en algunos casos necesaria, y que ha utilizado el propio Gobierno durante el reciente estado de alarma, lo que le permite asumir una serie de poderes excepcionales y también tomar decisiones que afecten y limiten derechos fundamentales a través de las previsiones de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOEAES). Además, el estado de alarma puede declararse bien en todo el territorio nacional o solo en una parte de este, incluso en una zona de una comunidad autónoma, y establecer como autoridad competente por delegación del Gobierno al Presidente de la misma (arts. 4-7 de la LOEAES)⁵. Sin embargo, esto no excluye que decisiones de este tipo, si bien sometidas a otro tipo de garantías, como veremos, puedan adoptarse en el marco del Derecho ordinario de necesidad, también denominado Derecho ordinario de excepción⁶ o legislación de necesidad⁷, que nos permitirían afrontar situaciones de grave riesgo para la salud pública⁸.

A partir de este fundamento constitucional, el derecho ordinario de necesidad establece la cobertura para adoptar las decisiones de emergencia sanitaria, incluso cuando se trata de derechos fundamentales, a través de la cobertura de ley orgánica, como lo es la habilitación establecida en el art. 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública (LOMESP), que dispone, de forma muy amplia, la posibilidad de que las autoridades sanitarias adopten las medidas oportunas de control, así como aquellas «que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible». Aunque ciertamente estamos ante una cuestión que suscita cierto debate o discusión⁹, entiendo que esta previsión *per se* puede constituir una base suficiente para que

las autoridades sanitarias puedan adoptar medidas que afecten y limiten ciertos derechos fundamentales¹⁰.

Podemos continuar por los arts. 25 y 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), que contemplan por un lado las autorizaciones sanitarias y los registros obligatorios que se establezcan reglamentariamente (art. 25), así como medidas de carácter preventivo en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud, que pueden incluir no solo la incautación o inmovilización de productos, la suspensión de actividades, el cierre de empresas o instalaciones, o la intervención de medios tanto materiales como personales, sino también «cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas» (art. 26.1).

Por su parte, el art. 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP), introduce que, sin perjuicio de las medidas previstas en la LOMESP, las autoridades competentes podrán adoptar por resolución motivadas medidas de inmovilización, decomiso, cierre preventivo de instalaciones, establecimientos, servicios e industrias, suspensión de actividades, así como «cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud (. . .)» (art. 54.2 LGSP). Asimismo, el art. 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, contempla la intervención clínica indispensable por parte de los facultativos en favor de la salud del paciente, sin necesidad de su consentimiento, cuando se da la existencia de un riesgo para la salud pública o por razones sanitarias establecidas legalmente.

Esta normativa se complementa con otra estatal y autonómica, pero interesa destacar de forma especial la previsión de autorización o ratificación judicial para medidas que restrinjan la libertad u otros derechos fundamentales, prevista en el art. 8.6.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA).

Ahora bien, a pesar de la amplia cobertura legal existente, en especial de la propia amplitud prevista en el art. 3 de la LOMESP, que permite incluso que las autoridades sanitarias puedan restringir o limitar tanto la libertad como otros derechos fundamentales, y por tanto también el confinamiento tanto individual domiciliario como colectivo, se han planteado algunas dudas jurídicas, tanto entre las propias autoridades sanitarias, que en algunos casos han llevado a la ratificación judicial sus medidas y en otros casos no, como entre los propios órganos jurisdiccionales en el momento de ratificarlas. A la luz de esta jurisprudencia se ha sostenido una interesante y sugestiva interpretación, por parte de Salmero Teixidó¹¹, seguida por Cierco¹², en el sentido de que cuando las decisiones de las autoridades sanitarias limiten derechos fundamentales y tengan un carácter individual requerirán ratificación judicial, mientras que si el carácter o alcance de la medida es general (actos administrativos plúrimos) no requerirán su ratificación judicial en la fase declarativa, sino en la fase ejecutiva si hay oposición del interesado o afectado.

Sin embargo, el art. 8.6.2 LJCA parece la otra cara de la moneda de la generosa habilitación prevista en el art. 3 LOMESP, y por tanto sería necesaria la previa autorización o la posterior ratificación judicial. Estaríamos, entiendo, ante actos administrativos, ya sean individuales o de alcance general, que requieren un control judicial de su necesidad y proporcionalidad, al menos con un carácter mínimo de evaluación. No parece que la abstracción o la complejidad técnica del control judicial sea óbice para que se aplique el control judicial, que se puede realizar a través de la evaluación de la solicitud motivada e informada de la autoridad sanitaria, la cual puede aportar los informes sanitarios sobre los que se sustentan las medidas adoptadas, y previo informe del Ministerio Fiscal.

Discusión

Existen fundamento constitucional y cobertura legal para que las autoridades sanitarias competentes adopten medidas en la lucha contra la crisis sanitaria, que pueden consistir en la restricción o la limitación de derechos fundamentales. Asimismo, cuando estas medidas se introducen a través de actos administrativos, tanto si son individuales como de alcance general o colectivo, es necesario un control judicial que valore la necesidad y la proporcionalidad de las medidas adoptadas, al menos con un carácter mínimo. No obstante, quizá sería deseable una ley orgánica que regulara y precisara el procedimiento y las garantías necesarias para la adopción de estas decisiones administrativas.

Editor responsable del artículo

Carlos Álvarez Dardet.

Contribuciones de autoría

J. Sarrión Esteve es el único autor del artículo.

Agradecimientos

Este trabajo forma parte de una ponencia que, bajo el título *Derechos y medidas post-alarma*, fue objeto de exposición en la Jornada (online) «Derechos Fundamentales y COVID-19», coordinada por los profesores M. Casino Rubio y J. Ortega Bernardo, celebrada en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC) los días 7 y 8 de julio de 2020. El autor agradece los comentarios recibidos durante el debate, que han permitido la mejora del trabajo; los errores y defectos son todos de su responsabilidad.

Financiación

El autor reconoce, y agradece también, el apoyo de la Ayuda del Programa Ramón y Cajal (RYC) 2015 (RYC-2015-188821), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación a través de la Agencia Estatal de Investigación (EAI) y cofinanciado por el Fondo Social Europeo.

Conflictos de intereses

Ninguno.

Bibliografía

- Bombillar Sáenz F. 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. *Law Against Pandemic*, 2020. (Consultado el 10/7/2020.) Disponible en: <https://lawgainstpandemic.uj.edu.pl/2020/04/10/salus-publica-suprema-lex-esto/>.
- STC 6/1982, de 22 de febrero. Balaguer Callejón F. Ordenamientos jurídicos y fuentes del derecho. En: Balaguer Callejón F, coordinador. *Introducción al Derecho Constitucional*. 5.ª ed. Madrid: Tecnos; 2016. p. 177-223.
- SSTC 111/1983, de 2 de diciembre; 182/1997, de 28 de octubre; 137/2003, de 3 de julio.
- Arana García E. *Uso y abuso del decreto-ley*. *Revista de Administración Pública*. 2013;191:337-65.
- Sarrión Esteve J. *Limitaciones a los derechos fundamentales en la declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19*. En: Atienza Macías E, Rodríguez Ayuso JF, editores. *Las respuestas del Derecho a la crisis de salud pública*. Madrid: Dykinson; 2020. p. 29-46.
- 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*. 2020;86-7. Especial Coronavirus:88-101.
- Álvarez García V. *El coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria*. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. 2020;86-7. Especial Coronavirus:6-21.

8. Cierco Sieira C. *Epidemias y Derecho Administrativo, Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población.* *Derecho y Salud.* 2005;13:211–56.
9. Solé Altimira O. Los juristas discrepan sobre si las autonomías pueden ordenar confinamientos domiciliarios. Madrid: El Diario.es, 13 de julio de 2020. (Consultado el 14/7/2020.) Disponible en: https://www.eldiario.es/catalunya/juristas-discrepan-si-autonomias-ordenar-confinamientos-domiciliarios_1_6100483.html.
10. Doménech Pascual G. Competencia autonómica para adoptar medidas de contención. *Derecho público del coronavirus* (i). Almacén del Derecho. 14 de marzo de 2020. (Consultado el 17/7/2020.) Disponible en: <https://almacenderecho.org/derecho-publico-del-coronavirus-i-competencia-autonomica-para-adoptar-medidas-de-contencion/>.
11. Salamero Teixidó L. *Algunas reflexiones sobre la autorización o ratificación judicial de medidas sanitarias al hilo de la aprobación de actos plúrimos para hacer frente a la Covid-19.* *Diario La Ley.* 2020:9638.
12. Cierco Sieira C. *Derecho de la salud pública y COVID-19.* En: Blanquer D, coordinador. *Covid-19 y Derecho Público* (durante el estado de alarma y más allá). Valencia: Tirant lo Blanch; 2020. p. 25-78.