

# redacción médica

Opinión

## ¿Necesitamos una ley antiCovid?



RICARDO DE LORENZO, PRESIDENTE DEL BUFETE DE LORENZO ABOGADOS  
DOM 20 SEPTIEMBRE DE 2020. 18.30H  
POR LEY

Desde esta misma sección de *Redacción Médica*, el pasado el 2 de marzo, 12 días antes de la **declaración del estado de alarma** me preguntaba si la Ley de Salud Pública de 1986, la Ley General de Salud Pública de 2011 o incluso la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales eran regulaciones suficientes y de cobertura para una futura crisis sanitaria, como la de la actual pandemia de coronavirus, llegando a la conclusión de que con toda seguridad nos encontraríamos con un "no rotundo", reiterando una vez más la necesidad de una estrategia urgente enfocada a trazar un marco ético-jurídico que nos pudiera dar una respuesta global a todas las grandes crisis sanitarias que puedan presentarse en el futuro, cambiando las actuales incertidumbres por mínimas certezas.

Hace unas semanas Ofelia De Lorenzo en un Simposio sobre las fronteras de la **lucha contra el coronavirus**, analizaba como desde que se puso fin al Estado de Alarma, cuya declaración se efectuó a través del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, las competencias en materia sanitaria habían vuelto a ser transferidas a las comunidades autónomas, poniéndose así de manifiesto como también la Ley de Cohesión y Calidad del SNS, **había quedado desactualizada e indudablemente con ello el papel del Consejo Interterritorial**, con la lógica consecuencia de ver como los gobiernos autonómicos, están intentando ir parcheando el incremento de los contagios con las herramientas jurídicas que tienen al alcance: PCR's masivas, confinamientos selectivos, cierres horarios de locales, etc.

Las dos grandes normas de salud pública en España (la ley de 1986 de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública y la Ley General de Salud Pública de 2011) permiten que se tomen medidas de control de personas enfermas o sus contactos en pro de la salud pública, pero son muy imprecisas. La propia Ley General de Salud Pública de 2011 sigue

pendiente de un desarrollo efectivo en sus aspectos básicos y en su modelo de integración en el sistema nacional de salud. La ausencia, del previsto en la Ley, Centro Estatal de Salud Pública con una dirección compartida entre Estado y CCAA, que defina las **estrategias de salud pública** e integre las funciones dispersas de información, vigilancia epidemiológica, investigación y evaluación, ha dejado a un Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, que creado en el año 2004, no ha podido cumplir tampoco plenamente sus funciones en la gestión de la información y apoyo en la respuesta ante situaciones de alerta o emergencia sanitaria nacional como la actual pandemia, quedando las comunidades autónomas sin instrumentos jurídicos concretos para **luchar eficazmente en esta crisis** por lo que, ha sido necesario la intervención judicial, como hemos podido ver.

Recordemos lo ocurrido en Lérida a principios de julio, cuando la Generalitat ordenó el **confinamiento de la población ante el incremento de contagios en el Segrià** y una jueza paralizó mediante un Auto al entender que era «una competencia estatal y se ejerce, además, con la garantía de la intervención del Congreso». Dos días después, la Justicia dio la razón al Govern y avaló el cierre del Segrià.

El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estimó el recurso interpuesto por los hosteleros del País Vasco, que piden la suspensión cautelar de las restricciones horarias. O el Auto dictado desde el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Madrid por el Magistrado Alfonso Villagómez Cebrián, que vetó las **medidas antiCovid de la Comunidad de Madrid**, posteriormente recurrido y ganado por los servicios jurídicos de la Comunidad de Madrid.

## Normativa homogénea

Desde el ámbito jurídico sanitario esperábamos la promulgación de una **normativa que hubiera permitido una respuesta homogénea**, dentro de la legislación ordinaria, o la reforma de la ley de salud pública por la vía de urgencia, desarrollando la básica vigente, que hubiera servido de soporte legal a las comunidades para gestionar la etapa actual, que ahora evitaría el vacío legal y el caos regulatorio actual.

Desde nuestra Asociación Española de Derecho Sanitario hemos y no en uno, sino en varios de nuestros Congresos, planteado la solución técnica a través de una ley Orgánica que habilite **tomar medidas de suspensión de derechos en situaciones de salud pública grave**. Expertos Constitucionalistas indican que las restricciones de derechos fundamentales no pueden estar contempladas en leyes ordinarias, sino

orgánicas, y hasta que esta exista, seguirá siendo “indispensable” la aprobación de un juez. Si queremos que no haya disparidad por parte de los jueces, la ley tiene que ser más estricta y precisa, y establecer niveles de gradación progresivos. Mientras tanto solo nos queda el estado de alarma o el confinamiento de forma territorializada.

Estas insuficiencias normativas, no olvidemos que el estado de alarma declarado desde el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, ha sido muy discutido desde el ámbito jurídico, indicándose que algunas decisiones eran más propias del estado de excepción, y se ha podido ver como nuestras leyes sanitarias diseñadas para medidas individuales, actuaciones localizadas y de respuesta rápida, como es el caso de **cierres de instalaciones, inmovilizaciones, suspensión de actividades, o el aislamiento**, han tenido que someterse a la autorización previa o la ratificación judicial, y en cambio se ha constatado que no están preparadas para un confinamiento generalizado de la población, poniéndose de manifiesto las lagunas legales existentes frente a las múltiples hipótesis en los que en un escenario como el actual, en el que el personal del sector salud se viera a sí mismo en inminente peligro, pudieran aflorar fuertes tensiones entre sus deberes hacia la humanidad, los propios pacientes, la familia o, simplemente, la necesidad de salvaguardar la propia existencia.

Como consecuencia, puede suceder perfectamente que sean muchos los profesionales que opten por **evitar el contacto con los pacientes o con sus compañeros encargados de atenderlos**, pidan una baja laboral por motivos como la depresión o el estrés o, simplemente, dejen de asistir a su puesto de trabajo, a través de una huelga sanitaria. En tales circunstancias, ¿cómo hemos de actuar? ¿Podemos forzar la voluntad del personal sanitario, intentando restablecer la normalidad en el servicio a través de la aplicación taxativa del marco jurídico? ¿Resultaría esto posible o, siquiera, juicioso?

## **Sobreesfuerzo de los sanitarios ante el Covid-19**

Esta situación puede presentarse perfectamente, pues tras la primera oleada en la que los sanitarios han demostrado como nadie el **esfuerzo, la entrega, dedicación y compromiso** frente a esta lucha sin tregua contra el Covid-19, se ha podido ver también como han tenido que reivindicar entre otras justas peticiones, que el contagio por Covid-19 o SARS-CoV2 se reconozca como “contingencia profesional” para quienes atienden a los enfermos de dicha patología, lo que se encontraba fuera de toda duda desde cualquier punto de vista autorizado. Pero en cambio sigue sin reconocerse como “enfermedad

profesional” que sería el encuadramiento correcto, el contagio por Covid-19 en los médicos y profesionales sanitarios.

Debemos recordar que el 3 de junio del año en curso fue publicada la Directiva (UE) 2020/739 de la Comisión Europea, por la que se modifica el Anexo III de la Directiva 2000/54/CE contemplando la inclusión del SARS-CoV-2 como patógeno humano del grupo de riesgo 3, incluyendo dicho virus como agente biológico específico del trabajo. Esta Directiva determina que los Estados miembros habrán de poner en vigor el 20 de noviembre 2021, a más tardar, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la Directiva europea. **No podemos desconocer esta trayectoria y menos ir en dirección contraria a ella.**

Imaginemos ahora un caso completamente diferente, esto es, la posible aparición de conductas claramente altruistas ligadas a lo extraordinario de las circunstancias. Esto, que puede parecer chocante a primera vista, no lo es tanto en un escenario tan complejo como el que plantea el propio caso del coronavirus. Recordemos en los primeros días de la pandemia el caso de los trabajadores del hotel aislado en Tenerife, **ofreciéndose voluntarios para ayudar a sus compañeros**, unos cincuenta, que trabajan en el interior para atender a los huéspedes en la cuarentena.

En estas coyunturas, a menudo fluyen **voluntarios dispuestos a arriesgar su salud o incluso su vida para ayudar a salvar otras**, siendo algunos de ellos (personal sanitario jubilado, personal con formación básica para según qué tareas, expertos en seguridad en paro, etc) potencialmente muy valiosos, como anunciaba el NHS inglés, sobre la posibilidad de llamar al personal sanitario jubilado, estudiantes de profesiones sanitarias en esta pandemia. Con todo lo que tiene de loable, este escenario también abre preocupantes cuestiones, como ¿cuál sería el estatuto jurídico de esas personas? ¿Cómo asegurar que actúan libremente habiendo entendido el riesgo? ¿Qué privilegios habría que otorgarles, caso de que sea así? Obviamente, estas preguntas necesitarían de respuestas jurídicas, por mucho que las circunstancias sean complejas.

A todo lo anterior hay que unir, por fin, otras cuestiones no menos trascendentales, como las que afectan al enfermo contagioso (qué límites reales podemos establecer a sus derechos, cuál es el efecto real de la cuarentena en caso de pandemia sobre su comportamiento, cuál es la fuerza coercitiva real del Derecho en tales casos, etc.), a los productos farmacéuticos (**¿Podemos obligar a la industria a producir un fármaco concreto?** ¿Qué ocurre con las patentes? ¿Qué garantías

asociadas a los ensayos clínicos podemos obviar por motivos razonables?), o a la gestión de datos (¿Tenemos que mantener las mismas garantías en el tratamiento de datos en situaciones de emergencia? ¿Podemos acceder a los historiales clínicos sin contar con autorización? ¿Bajo qué condiciones?).

## Vacunación ante el Covid-19

Por último el tema de las vacunas o mejor dicho porque no preguntarlo **¿A quién vacunamos primero?**. El Ministerio de Sanidad plantea como estrategia para evitar la presión asistencial ante esta segunda oleada de Covid-19: vacunar de la gripe al 75 por ciento de los profesionales sanitarios. Sin embargo, sólo el 34 por ciento del colectivo se vacunó el pasado año, por lo que surge el tema de la obligatoriedad a debate.

Lamentablemente perdimos una gran ocasión con motivo de la vigente Ley 33/2011, General de Salud Pública, de regular, que no imponer coactivamente, **específicas obligaciones para los profesionales sanitarios** en las que pudiera haberse contemplado el deber general de vacunación por encima del voluntarismo con las excepciones a que hubiera lugar, solución que seguirá permitiendo nuestra Constitución. No olvidemos que el contenido del artículo 43 del texto constitucional sobre la protección de la salud, tiene una doble dimensión, no solo individual, sino también colectiva, que corresponde a los poderes públicos, a través de medidas preventivas, específicas prestaciones y servicios necesarios para su preservación.

Esta dimensión colectiva constituye título constitucional habilitante y suficiente para **imponer obligaciones a los colectivos**, como el sanitario, en el propósito suficientemente justificado, como es el caso presente que padecemos del Covid-19, de la defensa de la salud colectiva.

En opinión de muchos juristas vinculados al Derecho Sanitario, entendemos que es necesaria una Ley Orgánica de Salud, que concrete las competencias del Gobierno y los autonómicos y, a su vez, que decisiones puede adoptar el presidente de una comunidad autónoma sin ratificación judicial y cuáles la exigirían, por **entrar en conflicto con derechos fundamentales**, evitando lo que estamos viviendo de los 17 criterios distintos en salud pública, o en su defecto la reforma de la ley de salud pública por la vía de urgencia, desarrollando la básica vigente, que permita poner en marcha medidas inmediatas y urgentes de cuarentena, limitación de movimientos o confinamiento para hacer

frente a los cientos de rebrotes del Covid-19 que se están extendiendo por toda España, que permita un sólido soporte legal a las comunidades para gestionar la etapa actual, que evitaría el caos regulatorio actual que venimos padeciendo.