

redacción médica

Opinión

Ante la desidia legislativa: el toque de queda



RICARDO DE LORENZO, PRESIDENTE DEL BUFETE DE LORENZO ABOGADOS
MAR 20 OCTUBRE DE 2020. 21.00H
POR LEY

El 25 de este año el Boletín Oficial del Estado publicaba la Resolución del Congreso de los Diputados, por la que se ordenaba la publicación del Acuerdo de convalidación del **Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención**, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, trámite de convalidación obligado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.2 de nuestra Constitución, que establece que.... "los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, **convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación**".

Este Real Decreto-ley, tenía por objeto establecer las medidas urgentes de prevención, contención y coordinación que fueran necesarias, así como prevenir posibles rebrotes, con vistas a la superación de la fase III del "**Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad**" por parte de algunas comunidades y, eventualmente, la expiración de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y sus seis prórrogas, así como la vigencia de las medidas en él contenidas.

Si analizamos la exposición de motivos del repetido Real Decreto-ley 21/2020, tras poner de manifiesto las distintas actuaciones abordadas por el Gobierno para articular jurídicamente **la respuesta a la pandemia del Covid-19 -de un lado la declaración del estado de alarma -** y las medidas adoptadas en su aplicación, y de otro la promulgación de los sucesivos reales decretos-leyes, fundamentalmente dirigidos a paliar las consecuencias y efectos negativos que en el ámbito socioeconómico estaba suponiendo la pandemia, nos encontramos que no se hace eco de que el Real Decreto

incluyera medidas limitativas de la libertad de circulación junto a otras medidas de contención en distintos ámbitos.

Dicha exposición previa alertaba de que la entonces evolución favorable en la contención de la pandemia (sic), no eximía a los poderes públicos de su deber de «organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios» obligación establecido en el artículo 43.2 de nuestra **Constitución para garantizar el derecho a la protección de la salud**.

Tras esa reflexión la exposición de motivos continuaba en el sentido siguiente... “Por ello, ante los posibles riesgos que pudieran derivarse de la pérdida de vigencia automática de dichas medidas para la favorable evolución en el logro de los objetivos de contención de la pandemia, por la aparición de nuevos brotes epidemiológicos y nuevas cadenas de transmisión no identificadas que comprometieran la garantía de la integridad física y la salud de las personas y que situasen de nuevo bajo una enorme presión asistencial los recursos sanitarios disponibles, desde **la óptica del deber constitucional de los poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública** a través de medidas preventivas, se hace urgente y necesaria la adopción de dichas medidas preventivas, mientras no sea declarada oficialmente la finalización de la situación de crisis sanitaria”.

Por ello lo primero que ya resultó llamativo es que ante el **escenario sanitario descrito** no se abordara una reforma de nuestro marco normativo más acorde con las confesadas necesidades de combatir eficazmente la pandemia del Covid-19 y afrontar la grave crisis sanitaria que padece el país, pese al consenso doctrinal existente, acerca de que la regulación actual de los instrumentos normativos que permiten la limitación de derechos fundamentales, con el objeto de proteger la **integridad física (artículo 15 CE) y la salud (artículo 43 CE)**, se esté viendo que son insuficientes y desde luego necesitados de mayor claridad, en evitación de las interpretaciones judiciales.

En fin, la exposición de motivos del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, ponía de manifiesto las **razones que justificaban la modificación normativa que supone** y el objetivo que persigue, consistente en garantizar la adecuada coordinación entre las autoridades sanitarias y reforzar el funcionamiento del conjunto del sistema nacional de salud, ante crisis sanitarias, quedando al margen de su finalidad la de autorizar medidas limitativas de la libertad de circulación, como muestra el hecho de que asocie de forma reiterada las mismas a **la declaración de estado de alarma**.

Y a día de hoy no tenemos ninguna modificación normativa. El Gobierno no ha legislado adecuadamente las carencias existentes. La realidad es tan cruda que hasta los jueces se lo han reprochado, lo último ha sido el Auto dictado por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, denegando la ratificación de las medidas acordadas en el apartado tercero de la Orden 1273/2020, de 1 de octubre, **de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas en determinados municipios de la Comunidad de Madrid** en ejecución de la Orden del Ministro de Sanidad, de 30 de septiembre de 2020, por la que se aprueban actuaciones coordinadas en salud pública.

España no ha actualizado su **marco legislativo para poder luchar con eficacia contra la enfermedad**, y ahora todo se determina entre interpretaciones judiciales, lagunas legislativas, episodios de caos autonómicos, confinamientos perimetrales, y agravios comparativos entre comunidades.

Y en este momento siguiendo medidas como la extraordinaria adoptada por Francia, nos planteamos como solución final el “toque de queda”. Medida que nos es ajena y desde luego extraordinaria incluso para Francia, dado que el actual es el tercer “toque de queda” que vivirá París en su historia. El primero fue el que se impuso en la ocupación entre 1940-1944 durante la Segunda Guerra Mundial. El segundo se implantó en octubre de 1961, y **afectó solo a las personas de origen argelino durante la guerra de independencia de Argelia**, toque de queda que concluyó en marzo de 1962. Al margen está el confinamiento decretado por el Gobierno durante la primera ola y que afectó a todo el país, un período en el que los ciudadanos solo podían abandonar su casa para actividades esenciales.

El toque de queda en España es una medida que no se contempla en la legislación española y sobre la que los expertos nuevamente se dividen entre quienes la vinculan al estado de alarma y quienes creen que podrían entrar dentro de las competencias de las comunidades autónomas. En cualquier caso, vistas las interpretaciones judiciales efectuadas hasta la fecha, nuevamente correríamos el riesgo de que **las comunidades autónomas no tuvieran competencia para adoptar medidas tan restrictivas** y desde luego el toque de queda no encaja en lo previsto en la Ley 3/1986 de Medidas Especiales en materia de Salud Pública.

En nuestro orden constitucional corresponde a los representantes de los ciudadanos en las Cortes Generales, **bajo la reserva de ley**

prevista en los artículos 81.1 y 53.1 CE, la delimitación y la modulación de los derechos fundamentales de las personas, bajo las exigencias de proporcionalidad, certeza y previsibilidad y, en todo caso, respetando su contenido esencial.

Dicho de otro modo, los derechos fundamentales que la Constitución atribuye a los ciudadanos no pueden verse afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada **por sus representantes mediante una disposición con rango de Ley**, que reúna las condiciones mínimas suficientes requeridas por las exigencias de seguridad jurídica y certeza del derecho.

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 sea necesaria su intervención es muy simple, la ley tiene que ser **más estricta y precisa, y establecer niveles de gradación progresivos**, que concrete las competencias del Gobierno y los autonómicos y, a su vez, qué 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.

Y en defecto de esta Ley orgánica, la solución podría ser en estos momentos perfectamente viable, si se procediera a la reforma de la ley de salud pública por la vía de urgencia, desarrollando la básica vigente, que permitiera poner en **marcha medidas inmediatas y urgentes de cuarentena**, limitación de movimientos o confinamiento para hacer frente a las nuevas oleadas de la Covid-19 que permita un sólido soporte legal a las comunidades para gestionar la etapa actual, lo que evitaría el vacío legal y el caos regulatorio actual.

No podemos seguir así. Es necesario que se adopten medidas sanitarias inmediatas y eficaces de diversa índole para proteger la salud de los ciudadanos, contener la propagación de la enfermedad y reforzar el Sistema Nacional de Salud, entre las que se pueden incluir medidas limitativas de derechos fundamentales de mayor o menor alcance. Pero para ello **no es necesario acudir a figuras que nos son ajenas, sino acudir a nuestro sistema constitucional**, que articula instrumentos jurídicos de diversa naturaleza que ofrecen cauces jurídicos diferentes para delimitar, modular, restringir, e incluso suspender los derechos fundamentales de las personas, instrumentos respetuosos con nuestras garantías constitucionales.

