

EMBROLLO JURIDICO ¿CUI PRODEST?

POR RICARDO DE LORENZO. Doctor en Derecho. De las Reales Academias Nacionales de Jurisprudencia y Legislación, y de Medicina de España

“Este aforismo latino atribuido a un cónsul romano y que popularizó Cicerón, literalmente significa “¿a quién beneficia?” El 25 de octubre de 2020 el Gobierno aprobó declarar el estado de alarma en todo el territorio nacional. Este estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020 finalizó a las 00:00 horas del día 9 de noviembre de 2020 y el Consejo de Ministros aprobó el 3 de noviembre una prórroga del mismo por un periodo de seis meses. Por este motivo, el estado de alarma ha tenido su finalización el pasado día 9 de mayo.

La ausencia de herramientas jurídicas hacía temer a las comunidades, un caos jurídico a partir del día 10 de mayo ante las posibles decisiones discrepantes de los tribunales sobre cierres perimetrales, confinamientos y reuniones sociales, un temor jurídicamente fundado, a pesar de que el Gobierno defiende que las comunidades autónomas tienen los “instrumentos jurídicos suficientes” para limitar la circulación de los ciudadanos sin estado de alarma.



Ahora, los Autos judiciales dictados ya, a partir de la finalización del estado de alarma por los Tribunales Superiores de Justicia, en los que Valencia y Baleares, han avalado medidas restrictivas, y en cambio los del País Vasco y Canarias las han rechazado, podrán haber causado, desconfianza o desesperación, pero no sorpresa. La propia ministra de Defensa Margarita Robles, de quien no se duda como prestigiosa jurista, apuntaba a las declaraciones del Gobierno, que, con carácter general, no se puedan restringir derechos fundamentales sin estado de alarma.

Pero vayamos al pasado 28 de abril de 2020, en el que el Consejo de Ministros aprueba el denominado “Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad”, en línea con la Comunicación «Hoja de ruta común europea para el levantamiento de las medidas de contención de la COVID-19», presentada el 15 de abril de 2020 por la Presidenta de la Comisión Europea y el Presidente del Consejo Europeo, para que los distintos Estados miembros de la Unión Europea comenzaran a planificar las distintas fases de la desescalada coordinada y que preparara el terreno para un plan de recuperación global y una inversión sin precedentes, en un intento de minimizar su repercusión en el ámbito sanitario.

Este Plan nacía precisamente con la pretensión del levantamiento de las medidas de contención y limitación establecidas en el Decreto del estado de alarma, de forma gradual, asimétrica, coordinada con las CCAA y sobre todo flexible, con la finalidad de poder adaptarse a la evolución de los datos epidemiológicos. Este proceso, articulado en cuatro fases, debería ser adaptable a los cambios de orientación necesarios en función de la evolución de los datos epidemiológicos y del impacto de las medidas adoptadas.

La aprobación del Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, por el que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, había habilitado al Ministerio de Sanidad, para poder acordar, en el ámbito de su competencia y a propuesta, en su caso, de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla la progresión de las medidas aplicables en un determinado ámbito territorial, a la vista de la evolución de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales, económicos y de movilidad establecidos en el Plan.

Es importante recordar que según su art. 4, «en el proceso de desescalada de las medidas adoptadas como consecuencia de la emergencia sanitaria causada por el COVID-19, el Gobierno podrá acordar conjuntamente con cada Comunidad Autónoma la modificación, ampliación o restricción de las unidades de actuación y las limitaciones respecto a la libertad de circulación de las personas, de las medidas de contención y de las de aseguramiento de bienes, servicios, transportes y abastecimientos, con el fin de adaptarlas mejor a la evolución de la emergencia sanitaria en cada comunidad autónoma».

Y por su parte, el Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma, establecía, en su artículo 5, que «la superación de todas las fases previstas en el Plan para la desescalada de las medidas extraordinarias adoptadas para hacer frente a la pandemia de COVID-19, aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión de 28 de abril de 2020, determinará que queden sin efecto las medidas derivadas de la declaración del estado de alarma en las correspondientes provincias, islas o unidades territoriales».

Otro Real Decreto el 555/2020, de 5 de junio, por el que se prorrogó el estado de alarma añadió que la autoridad competente delegada para la adopción, supresión, modulación y ejecución de medidas correspondientes a la fase III del Plan de desescalada sería, en ejercicio de sus competencias, exclusivamente quien ostentara la Presidencia de la comunidad autónoma, salvo para las medidas vinculadas a la libertad de circulación que excedieran el ámbito de la unidad territorial determinada para cada comunidad autónoma.

Así las cosas, llegamos al final de la última prórroga, con un proceso de desescalada asimétrico pero que ha llevado a que a día de hoy todas las CCAA hayan superado las fases previstas.

Lo cual no quiere decir que se haya superado la pandemia, de forma que se considera imprescindible adoptar una serie de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación, que permitan seguir haciendo frente y controlando el virus, una vez terminado el estado de alarma.

Para ello se aprueba precisamente el Real Decreto-ley 21/2020 de 9 de junio que, según su Exposición de Motivos, pretende afianzar “comportamientos de prevención en el conjunto de la población, y con la adopción de una serie de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación, dirigidas a garantizar el derecho a la vida y a la protección de salud mientras perdure la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, una vez expirada la vigencia del estado de alarma y de las medidas extraordinarias de contención, incluidas las limitativas de la libertad de circulación, establecidas al amparo de aquel.”

Por tanto, la herramienta jurídica con la que se cuenta es esta norma, más la recientísima Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID19, en la que se asienta “la nueva normalidad”, y en todos los decretos-leyes que he venido citando y que todavía están en vigor, que han abordado y siguen abordando las cuestiones jurídicas más relevantes derivadas de los efectos de la pandemia, herramientas jurídicas totalmente insuficientes.

Y es un clamor jurídico cuando decíamos y decimos que estas “herramientas” no son suficientes porque 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 la intervención judicial la solución es muy simple, desde el ámbito jurídico ya se ha indicado sobre la necesidad de que 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 ya hemos vivido de los 17 criterios distintos en salud pública, y la judicialización de todas las decisiones que se avecinan.



La solución dada de descargar en el Tribunal Supremo este embrollo jurídico, mediante un Real Decreto-Ley, el 8/2021, que modifica la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, introduciendo un “nuevo” recurso de casación ante este Tribunal, frente a los autos dictados en materia de autorización o de ratificación de medidas sanitarias por las Salas de lo Contencioso de los Tribunales Superiores de Justicia o la de la Audiencia Nacional, no es el camino, pues esta responsabilidad es de los poderes públicos, y no de los jueces cuya función no es precisamente gobernar.

Este intento de “Conormación” que se ha encomendado a los jueces, doctrinalmente siempre se ha considerado inconstitucional, por vulnerar, al menos, el principio constitucional de separación de poderes. Los propios órganos judiciales han cuestionado ante el Tribunal Constitucional esta atribución y ya son múltiples las voces de jueces que se han oído criticando jurídicamente esta medida. La pregunta siguiente en nuestro ámbito jurídico es si, ¿resolverá el recurso la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo fijando doctrina –como propugna el Gobierno en su Real Decreto-Ley?, ¿o para resolver las dudas jurídicas suscitadas desde la doctrina y desde la propia judicatura elevarán la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional paralizando la resolución del correspondiente recurso de casación?

De momento no podemos conocer a ciencia cierta la respuesta, pero lo que sí que podemos saber a día de hoy, es que lejos de aportar seguridad jurídica la aplicación del Derecho Sanitario ordinario para luchar contra la epidemia, plantea cuanto menos las mismas dudas jurídicas y de eficacia, que antes de la declaración del último estado de alarma en octubre de 2020 que he referenciado, dudas, que no sólo no se han resuelto con la última norma gubernamental, sino que los propios jueces dudan de su constitucionalidad.

En consecuencia, podrán darse cierres perimetrales, pero serían de zonas sanitarias, barrios o como mucho de ciudades, nunca toda una comunidad autónoma. Pero esos cierres que se adoptarán por decreto tendrán que contar con el aval de los tribunales, como ya estamos viendo y finalmente con la decisión conclusiva del Tribunal Supremo.

Seguimos en consecuencia tras catorce meses desde que se inició la lucha jurídica contra el COVID-19 con un claro déficit, sin que el Gobierno, a pesar del tiempo transcurrido, las peticiones del ámbito jurídico y las experiencias vividas durante la pandemia, haya propiciado un nuevo marco legal, que permita una respuesta homogénea, dentro de la legislación ordinaria, o de la reforma de la ley de salud pública, desarrollando la básica vigente, dejando abandonadas a las Comunidades Autónomas sin el soporte legal preciso, supeditados a la convalidación judicial, y sin haberse evitado el vacío legal y el caos regulatorio que ya vivimos.

Una vez decaído el estado de alarma, corresponde al Consejo Interterritorial, decidir a través del mecanismo denominado de “cogobernanza”, con la representación del Ministerio de Sanidad y también de los consejeros de las CCAA, responder ante cualquier tipo de rebrote que haya en España, así como al proceso de vacunación que se está llevando a cabo.

En consecuencia, desde el 10 de mayo las comunidades autónomas, aunque se coordinen en el Consejo Interterritorial de Salud, volverán a la situación anterior al estado de alarma y por lo tanto sólo podrán adoptar, dígase lo que se diga, "medidas ordinarias" en materia de sanidad, poniéndose así de manifiesto como también la Ley de Cohesión y Calidad del SNS, ha quedado desactualizada e indudablemente con ello el papel del Consejo Interterritorial, que con un Reglamento del año 2003, nos mantiene sin hacer públicas su actas, a día de hoy, más de 78, infringiendo la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno que deben ser los ejes fundamentales de toda acción política.

Consecuentemente, las herramientas jurídicas con las que se cuenta son, la ley de 1986 de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, junto a la Ley General de Salud Pública de 2011, que permiten que se tomen medidas de control de personas enfermas o sus contactos en pro de la salud pública, pero absolutamente imprecisas, como muestra las discrepancias interpretativas que los diferentes Tribunales han efectuado del Art. 3 de la Ley Orgánica.

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. Y por último la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales o incluso la reciente Ley 2/2021 de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID19, igualmente no son regulaciones eficaces y de cobertura, para una crisis sanitaria como la actual pandemia, ni para futuras crisis sanitarias.

El mismísimo Consejo de Estado, que preside María Teresa Fernández de la Vega, coincide con la opinión que mantenemos hoy un amplio número de juristas, que consideramos que el Ejecutivo debería reformar la ley orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, para concretar qué iniciativas pueden poner en marcha los gobiernos regionales ante una pandemia como la del covid-19, mostrándose partidario de reformar la legislación sanitaria actual para concretar qué medidas pueden adoptar las comunidades para combatir la crisis sanitaria una vez levantado el estado de alarma.

El principal órgano consultivo del Estado se ha pronunciado así por primera vez sobre un debate jurídico que lleva meses sobre la mesa y que se ha avivado en los últimos días después de que el Gobierno anunciara su intención de no prorrogar el estado de alarma más allá del 9 de mayo, pero sin éxito.

Y nuevamente surge la pregunta de ¿a quién beneficia este vacío legal y caos regulatorio que vivimos?

"Cui prodest scelus, is fecit", (Aquel a quien aprovecha el crimen es quien lo ha cometido). Séneca. "Medea"; Acto primero, escena primera, versos 500-501."