

El accidentado final del estado de alarma: entre el rol “regulatorio” de los tribunales y las dudas sobre el alcance de la legislación sanitaria para adoptar medidas restrictivas de derechos en la gestión de la COVID-19 – Joan Ridao

Profesor agregado de derecho constitucional en la Universidad de Barcelona y letrado del Parlamento de Cataluña (exc.)

9 de juny de 2021

EAPC

DEIXA UN COMENTARI



Font: Pere López – Treball propi – Llicència CC BY-SA 3.0

El dilema entre perpetuar o poner punto final al estado de alarma. La opción de aplicar la legislación sanitaria para seguir adoptando medidas restrictivas de derechos

Las aglomeraciones en las calles a partir del 10 de mayo de 2021, tras finalizar el segundo estado de alarma, hizo revivir la, por otra parte, incesante confrontación política —y por supuesto jurídica— en torno al marco legal necesario para afrontar la pandemia,[i] en buena parte zanjado con la relevante sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2021 a la que más tarde nos referiremos. No en vano, algunos sectores políticos y doctrinales que ya se habían opuesto a la prolongación del estado de alarma exigieron al Gobierno la reforma del

marco legislativo sanitario —en parecidos términos a los expresados por algunos órganos judiciales y el Consejo de Estado— para, a su parecer, dar mejor cobertura a las restricciones que iban a adoptar las comunidades autónomas (CA) en ausencia de estado de alarma, clarificando sus términos, a la vista de la experiencia acumulada, o incluso adoptando una ley *ad hoc* de epidemias como la existente en Alemania, Austria o Dinamarca.

El Gobierno apostó, en cambio, por esperar a que el Tribunal Supremo (TS) se pronunciase sobre el alcance de las restricciones autonómicas, por la vía de un recurso de casación para la unificación de la doctrina de nueva creación —al que más adelante haremos referencia— y sostuvo que las CA contaban con “instrumentos jurídicos suficientes” para hacer frente a la enfermedad, en alusión a la cláusula general prevista en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Sanidad Pública (LOMESP) (art. 3), y a las medidas estándar de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS) (art. 26) y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP) (art. 54), sin descartar, sin embargo, que las comunidades pudieran “solicitar” un estado de alarma territorial.[ii]

Sobre esto último, hay que tener presente que la competencia para declarar el estado de alarma corresponde en exclusiva al presidente del Gobierno, que debe determinar tanto sus efectos como su ámbito territorial. Y que es precisamente en relación con este supuesto de alarma a escala subestatal al que se vincula la posibilidad, prevista por la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOEAES), de que los presidentes autonómicos soliciten su declaración. Además de que tal solicitud aparece despojada de efectos vinculantes, puesto que el Ejecutivo central conserva en todo caso la última y decisiva palabra. Y, aun para el caso de que tales “peticiones” fueran acogidas, el presidente del Gobierno mantiene intactas sus facultades para fijar el espacio territorial concernido y las medidas específicas, pudiendo optar incluso por una gestión centralizada, como aconteció con el primer estado de alarma, o mantener el modelo de “cogobernanza” de la segunda y conferir la responsabilidad a las CA, designando como autoridades competentes delegadas a sus presidentes.

En todo caso, lo relevante es que, desde el decaimiento del estado de alarma, los tribunales superiores de justicia —llamados junto a la Audiencia Nacional a aprobar o ratificar las medidas restrictivas de derechos adoptadas por los gobiernos autonómicos al amparo de los arts. 8.6 y 10.8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA)—[iii] adoptaron decisiones bien dispares. En concreto, los tribunales superiores de la Comunidad Valenciana, Islas Baleares y Extremadura avalaron esas restricciones (señaladamente, el confinamiento nocturno o “toque de queda” y el límite a las reuniones),[iv] mientras que los del País Vasco, Canarias y Castilla-León las rechazaron y en Cataluña y Cantabria pusieron objeciones a los horarios de cierre de la hostelería.

Desde el decaimiento del estado de alarma, los tribunales superiores de justicia —llamados junto a la Audiencia Nacional a aprobar o ratificar las medidas restrictivas de derechos adoptadas por los gobiernos autonómicos al amparo de la LJCA— adoptaron decisiones bien dispares

La disparidad de criterios judiciales en la función de aprobación o ratificación de las medidas adoptadas por las comunidades autónomas

La STSJ del País Vasco sostuvo que el artículo 3 LOMESP no permite restringir derechos a personas sanas, aunque se viva una situación de pandemia, sino solo a enfermos o sus contactos más estrechos: “A quien no se dirige [el art. 3 LOMESP] es a un colectivo de ciudadanos indeterminado y que no pueda afirmarse que sean enfermos o personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos”. Con esta interpretación, los magistrados no entraron siquiera a examinar si medidas como el “toque de queda”, el cierre perimetral de la comunidad o el límite a las reuniones sociales podía modularse en función de factores como la incidencia de la enfermedad (el Ejecutivo autonómico lo pedía para cuando la tasa de contagios fuera superior a 200 por cada 100.000 habitantes) o la ocupación de las camas hospitalarias. A criterio de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ del País Vasco, la restricción de derechos fundamentales tampoco podía ampararse en la LGS ni en la LGSP, las otras dos normas invocadas por el Gobierno Vasco: “En definitiva, nuestro actual ordenamiento jurídico no permite que las comunidades autónomas puedan acordar, fuera del estado de alarma, medidas restrictivas de derechos fundamentales con carácter general no individualizado”. [v] En el extremo opuesto, el TSJ de la Comunidad Valenciana avaló el “toque de queda” de 0.00 a 6.00, la limitación a 10 del número de personas que podían reunirse en espacios públicos o privados y del 75% en el caso del aforo en los lugares de culto. Con todo, al contrario que el Gobierno vasco, el valenciano no había condicionado estas medidas a que se superara una incidencia concreta, sino a la situación existente en aquel momento en la Comunidad, argumentando que, a pesar de que el riesgo general era bajo, seguía habiendo una alta incidencia en algunos municipios[vi].

La diferencia de criterio fundamental entre ambos tribunales —cuyas diferencias permiten ilustrar sobre la disparidad de criterios evidenciada por otros tribunales— estaba cifrada, pues, en la interpretación del art. 3 LOMESP (las autoridades sanitarias podrán adoptar “las medidas que se consideren necesarias”). Donde los magistrados vascos vieron “un cajón de sastre carente de precisión”, los valencianos apreciaron “un precepto adaptable a las circunstancias particulares de cada caso y a la situación epidemiológica [...]”. Otro entendimiento dejaría vacío de contenido el artículo tercero, lo que no puede entenderse factible”. Por lo que, seguidamente, la Sala del TSJ valenciano entró a analizar pormenorizadamente las tres medidas solicitadas por el gobierno

autonómico, concluyendo que eran necesarias y proporcionadas, además de constatar que ya se habían revelado eficaces.

Las resoluciones opuestas de los tribunales valenciano y vasco se adoptaron, en ambos casos, por unanimidad, algo que no ocurrió en el caso del TSJ de las Islas Baleares, que se dividió en dos al debatir las medidas solicitadas (“toque de queda” de 23.00 a 6.00, control perimetral de entrada en las islas, límite de seis personas en reuniones en espacios públicos y privados y 50% de aforo en lugares de culto). Las discrepancias se extendieron en este caso al propio tribunal: tres avalaron las restricciones y los otros dos las rechazaron. Las dos magistradas contrarias a las restricciones redactaron un voto particular para explicar las razones de su decisión, que no eran las mismas que había argumentado el tribunal vasco para oponerse a medidas similares planteadas en esa comunidad. Así, y ello es de destacar, estas magistradas admitieron que las leyes sanitarias sí permiten limitar derechos fundamentales ante situaciones excepcionales derivadas de crisis sanitarias, pero ese presupuesto legal era válido en los inicios de la pandemia, pero no un año después. Asimismo, lamentaron que las medidas adoptadas por el Ejecutivo autonómico formasen parte de “un modus operandi previsible y de alcance general, que afecta a derechos y libertades fundamentales revestidas con la máxima protección constitucional”.

Así pues, el “toque de queda” y el cierre perimetral fueron, como se ha visto, las dos medidas menos pacíficas en los tribunales, al igual que entre los juristas. Pero también la potestad autonómica para limitar las reuniones sociales en espacios públicos y, sobre todo, en los privados. De hecho, esta última opción ya no fue adoptada por comunidades como Islas Baleares, Comunidad Valenciana y País Vasco, que apostaron por prolongar la mayoría de las medidas vigentes durante el estado de alarma, y en Cataluña, ante el temor de un revés judicial, se optó por renunciar al confinamiento nocturno o al cierre de la comunidad. En general, los tribunales coincidían en que se trataba de una restricción de un derecho fundamental, aunque algunos establecieron una distinción: con el límite a las reuniones en espacios públicos se estaría restringiendo el derecho de reunión (art. 21.1 CE) —que todos, menos el vasco, coincidieron en que se podía limitar con las leyes sanitarias vigentes—, mientras que las reuniones en domicilios, que, para algunos órganos judiciales suponía una restricción a la libertad (art. 17.1 CE) y a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), generaba más dudas. Con todo, el tribunal valenciano, el catalán y el balear lo consideraron también justificado, aunque, en el caso balear, las dos magistradas discrepantes ya citadas se mostraron favorables a limitar a un máximo de seis personas las reuniones en espacios públicos, aunque rechazaron restringir las reuniones privadas.

El “toque de queda” y el cierre perimetral fueron las dos medidas menos pacíficas en los tribunales, al igual que entre los juristas. Pero también la potestad autonómica para limitar las reuniones sociales en espacios públicos y, sobre todo, en los privados

Otras Comunidades, como Madrid o Andalucía, que también renunciaron a adoptar medidas severas como las restrictivas de la movilidad nocturna, apostaron por insistir en la necesidad de reformar la LOMESP. Y el Gobierno de Canarias anunció que recurriría ante el TS el auto de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Canarias que rechazaba el mantenimiento del “toque de queda” en el archipiélago, convirtiéndose la comunidad insular en la primera que obligaba al alto tribunal a pronunciarse, como después veremos. El auto del tribunal superior canario recurrido no admitió la limitación de entrada y salida de personas en aquellas islas situadas en los niveles 3 o 4 de alerta por coronavirus, pero sí la limitación de un número máximo de personas no convivientes en encuentros en espacios de uso público y privado, tanto cerrados como al aire libre: seis en Gran Canaria, Tenerife y Lanzarote y diez en el resto.

El núcleo del debate: la suficiencia del marco legal sanitario en ausencia de estado de alarma

En línea con el intenso debate —planteado sobre todo en el interregno entre el primer y el segundo estado de alarma (de junio a octubre de 2020)—, algunos sectores doctrinales vaticinaron un auténtico “abismo jurídico” y denunciaron la “incertidumbre” creada tras la decisión de no prorrogar el estado de alarma y de no modificar la LOMESP (o en su caso, como hemos visto, adoptar una ley de pandemias).[vii]

Desde estas posiciones, muy características de algunos sectores constitucionalistas[viii] —y contrapuestas al criterio de la mayoría de administrativistas—, se descartaba que el Estado o las CA pudieran establecer confinamientos perimetrales, “toques de queda” o restringir las reuniones familiares o sociales, por tratarse, en los dos primeros casos, de restricciones al derecho de libertad de circulación (art. 19 CE), y en el último, del derecho de reunión (art. 21 CE), cuya restricción exigiría una ley orgánica o una habilitación como la contenida en la LOEAS. Y, para el caso de “limitar aforos y horarios, establecer obligaciones de desinfección y distancias, suspender el ejercicio de actividades, cerrar empresas e instalaciones o intervenir medios materiales y personales”[ix], medidas que afectaban a derechos no reservados a ley orgánica, como el derecho de propiedad

(art. 33 CE) o la libertad de empresa (art. 38 CE), obviando la cláusula general de poderes de necesidad del art. 3 LOMESP, cuestionada por su escasa definición, se invocaba la virtualidad de las cláusulas estándar de los arts. 26 LGS y 54 LGSP y las competencias autonómicas en materia de comercio interior y de gestión sanitaria, sin descartar que el Ministerio de Sanidad, en virtud de su competencia de coordinación sanitaria (art. 149.1.16 CE), pudiera tomar decisiones ("actuaciones coordinadas"), unilateralmente en casos de urgente necesidad, o a propuesta mayoritaria de las CA en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (art. 151.2.a)LRJSP y 65 de la LCCSNS).

A nuestro parecer, contrariamente, las leyes sanitarias vigentes, aunque puedan no ser del todo claras, permiten restringir derechos fundamentales para combatir el virus si se justifica bien la necesidad y proporcionalidad de las medidas. Ciertamente, en el caso de que el Gobierno central hubiese optado por aprobar un nuevo estado de alarma estatal (o en determinadas comunidades), la LOEAES hubiera autorizado inequívocamente la adopción de medidas como el "toque de queda", previa justificación del por qué a esas horas y en esos sitios. Aunque, no se olvide, algunos jueces y tribunales también respaldaron los cierres perimetrales antes del primer estado de alarma y el "toque de queda" entre el primero y el segundo. No en vano, la LOMESP es una ley orgánica, como lo es la LOEAES, si bien su utilización está limitada en cada caso concreto por los principios de necesidad —a la vista de la concurrencia de una situación de emergencia sanitaria que exija una medida restrictiva de derechos— y del principio de proporcionalidad—que las medidas limitativas concretas de naturaleza sanitaria sean adecuadas, lo menos lesivas posible, y cuyos efectos negativos para los derechos de las personas no estén manifiestamente fuera de proporción con respecto a los beneficios provocados para la vida de las personas y para la salud del conjunto de la población—. [x] Cosa distinta es que hubiese de valorarse la necesidad y la proporcionalidad de las medidas a la luz de las nuevas circunstancias (la fase de vacunación actual), de modo que las autoridades sanitarias se viesan obligadas a un esfuerzo mayor de motivación, a la vista de los datos disponibles.

Las leyes sanitarias vigentes, aunque puedan no ser del todo claras, permiten restringir derechos fundamentales para combatir el virus si se justifica bien la necesidad y proporcionalidad de las medidas

En cualquier caso, la disparidad de criterios judiciales —al margen del incomprensible posicionamiento en algunos casos— se explica en buena parte porque la reforma operada con la Ley 3/2020, por la que se modificó la LJCA para distinguir entre la anterior ratificación *ex ante* de medidas individuales (que se mantuvo en órganos judiciales unipersonales) y la nueva ratificación de medidas generales (atribuida a los TSJ autonómicos), no surtió los efectos esperados. Así, si bien la regulación primigenia no estaba concebida para las medidas de alcance general, sino para actos administrativos sanitarios limitadores de derechos fundamentales de personas específicas, con la reforma, los órganos judiciales se convirtieron no tanto en unos meros "ratificadores" de medidas, sino en unos verdaderos poderes "coreglamentadores", con un rol participativo preventivo en la adopción de medidas generales en materia de protección de la salud, como puso de relieve la cuestión de inconstitucionalidad planteada al respecto por el TSJ de Aragón. No en vano, el "anómalo activismo judicial de algunas autoridades judiciales (por ejemplo, el País Vasco) y la falta de deferencia hacia las decisiones administrativas motivadas por grave y evidente emergencia epidemiológica"[xi] llevó al cabo al Gobierno a aprobar una nueva reforma procesal por la vía de urgencia (el ya citado Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo de 2021), justo antes del final del segundo estado de alarma (9 de mayo de 2021).

La relevante sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2021

Al fin, fueron dos los recursos finalmente interpuestos. El único Ejecutivo autonómico que recurrió la resolución emanada de su TSJ fue Canarias, si bien desistió de poner sobre la mesa la ratificación del "toque de queda", limitándose a la de los cierres perimetrales, por lo que el TS debía ser congruente y no entrar a dilucidar la cuestión, dejando vía libre para que, por el momento, el resto de tribunales superiores siguiera adoptando las decisiones que consideren oportunas. Además de este recurso, tanto la Fiscalía como la Junta de Andalucía presentaron sendos recursos contra la resolución del TSJ de Andalucía por la que se rechazaba el confinamiento del municipio granadino de Montefrío, en que el tribunal determinó que "no es posible amparar interpretaciones extensivas que dieran cobertura jurídica a una limitación de derechos fundamentales de forma indiscriminada y masiva". En su escrito, el ministerio público advertía del hecho de que "la falta de previsibilidad y certeza [del art. 3 LOMESP] constituye un problema constitucional cuyo enjuiciamiento corresponde al Tribunal Constitucional".

Al fin, al Tribunal Supremo no llegó ningún recurso para examinar la proporcionalidad del "toque de queda" nocturno. Como hemos visto, tribunales superiores como el del País Vasco, Canarias o Navarra se opusieron a esa medida al considerar que el ordenamiento jurídico no permite que las comunidades autónomas puedan acordar, fuera del estado

Al fin, al Tribunal Supremo no llegó ningún recurso para examinar la proporcionalidad del "toque de queda" nocturno.

de alarma, medidas restrictivas de derechos fundamentales con carácter general no individualizado. Por su parte, los TSJ de Cataluña y de Cantabria estimaron las medidas cautelares urgentes solicitadas por asociaciones profesionales de hostelería de ambas comunidades suspendiendo el horario de cierre de establecimientos acordado y rechazando que tal medida pudiera modificarse no solo para dulcificar las restricciones sino incluso para acrecentarlas e indurarlas en atención a la evolución de la pandemia. Por el contrario, el TSJ de la Comunidad Valenciana autorizó el mantenimiento del "toque de queda" nocturno y el de Galicia permitió los cierres perimetrales en determinadas partes de su territorio.

La Sección Cuarta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por el Gobierno de Canarias. El parecer del TS —expresado mediante una sentencia que sin duda tuvo en cuenta razones de oportunidad como la necesidad de evitar un mayor desajuste político y jurídico— fue que el control efectuado por la Sala de Santa Cruz de Tenerife no era contradictorio con el de otras Salas territoriales al no constar que las circunstancias contempladas por ellas fuesen las mismas que las de Canarias. Así como que se ajustaba a los parámetros señalados en la propia sentencia recurrida —el canon de proporcionalidad a seguir—, al haber comprobado razonadamente la insuficiencia de la motivación ofrecida para justificar la limitación y la inconsistencia de la medida con las excepciones previstas.

Tribunales superiores como el del País Vasco, Canarias o Navarra se opusieron a esa medida al considerar que el ordenamiento jurídico no permite que las comunidades autónomas puedan acordar, fuera del estado de alarma, medidas restrictivas de derechos fundamentales con carácter general no individualizado

Sobre las medidas denegadas por el tribunal de instancia —el recurso de casación combatió solamente la limitación de la entrada y salida en las islas que se encontraban en niveles de alerta 3 y 4—, el TS declaró, y ello es relevante, que el art. 3 LOMESP ha de interpretarse conjuntamente con los arts. 26 LGS y 54 LGSP y que, así entendido, autoriza limitaciones puntuales de derechos —en este caso la libertad de circulación— "siempre que la Administración acredite la existencia de una enfermedad transmisible grave que ponga en peligro la salud y la vida de las personas"; justifique que esa limitación es "imprescindible para impedir dicha transmisión por no haber otros medios eficaces para lograrlo"; determine en función del número de enfermos y de su localización la extensión subjetiva y territorial de la limitación; y fije fundadamente el tiempo indispensable en que ha de mantenerse la limitación para impedir la difusión de la enfermedad. Con todo, como ya se ha dicho, la sentencia del alto tribunal no abordó la posibilidad de la limitación de movimientos en horario nocturno ("toque de queda"), sino solo la permisividad de entrada y salida de las islas. Con esta sentencia, el TS zanjó por lo pronto el debate sobre la imperiosa necesidad del estado de alarma y la insuficiencia del marco legislativo sanitario, centrado en un derecho fundamental relevante como el de la libertad deambulatoria, fácilmente extensible a otros derechos sobre la restricción de otros derechos sobre los que no tuvo ocasión de pronunciarse. Queda pendiente —junto a los dos recursos sobre los dos estados de alarma— que el TC se pronuncie sobre el papel de los tribunales en el control de las medidas restrictivas, esto es, la pieza de cierre de un derecho de crisis sanitario que, pese a todo, se ha revelado razonablemente útil.

Joan Ridao

Profesor agregado de derecho constitucional en la Universidad de Barcelona y letrado del Parlamento de Cataluña (exc.)

Este apunte está vinculado a la monografía *Derecho de crisis y estado autonómico. Del estado de alarma a la cogobernanza en la gestión de la COVID-19* (Marcial Pons, 2021).