

“¿PUEDE UNA RESOLUCIÓN RESTRINGIR DERECHOS FUNDAMENTALES?”.- por Ricardo de Lorenzo, jurista



En el día de hoy el B.O.E., ha publicado la Resolución de 30 de septiembre de 2020, de la Secretaría de Estado de Sanidad, por la que se da publicidad al “Acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre la Declaración de Actuaciones Coordinadas en Salud Pública”, para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-Cov-2.

La “Resolución”, que no “Orden”, como había anunciado el Ministro Illa, obliga al cierre perimetral de Madrid y otros nueve municipios de la región, fijándose un plazo máximo de 48 horas para la adopción de estas medidas. Para ello y a pesar del voto particular negativo de las comunidades autónomas de Cataluña, Galicia, Andalucía, Comunidad de Madrid, así como el voto particular de abstención de la ciudad autónoma de Ceuta a este Acuerdo sobre estas nuevas restricciones, se establece de "obligado cumplimiento" para todas las comunidades y ciudades autónomas "con independencia del sentido de su voto".

La ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud dice en el artículo 73.2 que **"los acuerdos del Consejo se plasmarán a través de recomendaciones que se aprobarán, en su caso, por consenso"**.

Y el Art. 14.1. del Reglamento de Funcionamiento del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud aprobado el 23 de julio de 2003, establece que los acuerdos del Consejo en relación a las materias que expresamente se determinan en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud **se plasmarán a través de recomendaciones, que se aprobarán, en su caso, por consenso.**

Esta aserción tanto en la Ley como en el Reglamento supone que no ha existido un acuerdo por unanimidad, argumentación que plantea la Comunidad de Madrid y en consecuencia la no existencia del consenso que esgrime el Ministerio de Sanidad para convertir este acuerdo en obligado cumplimiento.

Para ello, parece ser que Moncloa se apoya en un Informe de la Abogacía del Estado que establece que la norma aplicable en las votaciones del CISN, es el artículo 151 de la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público, que regula esta cuestión para todas las Conferencias Sectoriales.

Conforme al segundo párrafo del artículo 151.2.a) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, al referirse este acuerdo a un ámbito material en el que la Administración General del Estado tiene atribuidas funciones de coordinación general de la sanidad, de acuerdo con el orden constitucional de distribución de competencias, permitiría al Ministerio de Sanidad exigir normativamente su obligado cumplimiento para todas las comunidades y ciudades autónomas integrantes del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, con independencia del sentido de su voto.

El artículo 65 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, prevé que la declaración de actuaciones coordinadas corresponderá al Ministerio de Sanidad, **previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, con audiencia de las comunidades directamente afectadas.**

Sin embargo, la misma ley, en su artículo 65 explica que "la declaración de actuaciones coordinadas en salud pública corresponderá al Ministerio de Sanidad, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, con audiencia de las comunidades directamente afectadas, salvo en situaciones de urgente necesidad, en cuyo caso se tomarán las medidas que sean estrictamente necesarias y se le informará de manera urgente de las medidas adoptadas". Además, en su punto 2 establece que "la declaración de actuaciones coordinadas obliga a todas las partes incluidas en ella", cuando se trate de "responder a situaciones de especial riesgo o alarma para la salud pública". Una situación que, considera el Ministerio de Sanidad, es la que se vive actualmente.

De hecho, el texto publicado hoy en el BOE refiere expresamente que "en la Declaración de Actuaciones Coordinadas, habrán de incluirse únicamente las medidas que se consideran estrictamente necesarias e imprescindibles para atajar la situación de especial riesgo para la salud pública derivada del incremento de casos positivos por Covid-19".

Es decir, según la ley, en esta situación "de especial riesgo o alarma para la salud pública", la declaración de actuaciones coordinadas, que se ha publicado en el BOE, es como he indicado "de obligado cumplimiento" para todas las Comunidades. **Sin embargo, el texto también subraya que debe haber un acuerdo entre los consejeros de Sanidad autonómicos y es aquí donde surgen las diferencias: Madrid insiste en que, para que sea vinculante, el acuerdo tiene que alcanzarse por consenso; mientras el Gobierno central defiende que sí es de obligado cumplimiento, porque se trata de "una decisión colegiada", adoptada por "una amplia mayoría".**

Ahora bien ¿puede una "Resolución" justificar limitaciones de derechos fundamentales". Según jurisprudencia constitucional consolidada, los derechos fundamentales son los que se ejercen frente a los poderes públicos. Pero para que un Gobierno pueda restringirlos tiene que ampararse en una ley orgánica que se lo permita; aunque no de manera genérica.

El precepto de la ley orgánica debe especificar el derecho a limitar, el interés público esencial que permite hacerlo y las condiciones y garantías de la limitación. Básicamente, es lo que el Tribunal Constitucional ha entendido por “respetar el contenido esencial del derecho” exigido por el artículo 53.1 de la Constitución. Además, una vez que el Gobierno tome la medida restrictiva en amparo de esta legislación se podrá juzgar, a su vez, su proporcionalidad: si la acción limitadora es útil, necesaria y proporcionada. Son, en definitiva, dos pasos; pero el segundo no cabe sin el primero. No podemos entrar a juzgar la proporcionalidad de una medida gubernamental limitadora de derechos fundamentales sin el amparo previo de una ley orgánica que permita específicamente la restricción. **La medida gubernamental limitadora de derechos fundamentales sin amparo específico en ley orgánica es inconstitucional; aunque sea justificada.**

Hoy por hoy, la única legislación que especifica la limitación de la libertad de circulación con las consiguientes condiciones y garantías es la Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio. Recordemos que el propio Gobierno señaló que sólo al amparo de dicha ley, un Ejecutivo puede limitar de manera generalizada la libertad de circulación.

Con una Ley de Cohesión y Calidad del SNS, totalmente desactualizada y con ello el papel del Consejo Interterritorial, nos quedan las dos normas de salud pública de nuestro País, (la ley de 1986 de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública y 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 que son muy inconcretas, y la Ley General de Salud Pública de 2011 que sigue sin haberse desarrollado, por lo tanto se tienen que hacer estas ingenierías jurídicas que requieren sistemáticamente respaldo judicial que es lo que va a ocurrir con esta Resolución de la Secretaría de Estado de Sanidad.

El 27 de marzo, al comienzo de la pandemia, el Parlamento federal alemán modificó la ley de protección de infecciones para permitir específicamente las limitaciones a la libertad de circulación por parte de los Länder. A día de hoy nuestro Congreso de los Diputados ha sido incapaz de modificar la legislación de emergencia sanitaria para prever específicamente las limitaciones de derechos fundamentales que son necesarias en la pandemia actual.

Justificar limitaciones de derechos fundamentales sin amparo legal rompe con la base de nuestro Estado constitucional de Derecho. Es necesaria la promulgación de una Ley Orgánica de Salud o de emergencias sanitarias, 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, 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 permita un sólido soporte legal a las comunidades para gestionar la etapa actual, que evitaría el caos regulatorio actual.