

SALUD Y DERECHO EN TIEMPOS DEL COVID-19

HEALTH AND LAW IN IN THE TIME OF COVID-19

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12 bis, mayo 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 108-117



Josefina
ALVENTOSA
DEL RÍO

ARTÍCULO RECIBIDO: 30 de abril de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 10 de mayo de 2020

RESUMEN: La pandemia provocada por el coronavirus 2019-nCoV ha determinado la publicación de un Real Decreto estableciendo el estado de alarma que ha alterado la gestión de la actividad sanitaria y la aplicación de la legislación en materia de salud en sus parámetros normales, estableciendo dicha gestión bajo la autoridad designada, y como medida extrema el aislamiento de personas afectadas en los hospitales o en su propio domicilio, junto al confinamiento del resto de la población con el fin de detener la expansión de dicha pandemia en nuestro país.

PALABRAS CLAVE: Derecho y COVID-19; Estado de Alarma; salud y COVID-19; legislación sanitaria y COVID-19.

ABSTRACT: *The pandemic caused by the 2019-nCoV coronavirus has determined the publication of a Royal Decree establishing the state of alarm that has altered the management of health activity and the application of health legislation in its normal parameters, establishing said management under the designated authority, and as an extreme measure the isolation of affected people in hospitals or in their own homes, together with the confinement of the rest of the population in order to stop the spread of said pandemic in our country.*

KEY WORDS: *Law and COVID-19; Alarm State; health and COVID-19; health legislation and COVID-19.*

I. Desde hace unos meses, España está viviendo, como todo el resto del mundo, una pandemia provocada por la enfermedad por coronavirus 2019-nCoV, a la que se ha denominado oficialmente COVID-19, según las directrices elaboradas previamente por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en colaboración con la Organización Mundial de Sanidad Animal (OIE) y la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO). Según la OMS dicha enfermedad fue notificada por primera vez en Wuhan (China) el 31 de diciembre de 2019, y que desgraciadamente en nuestro país todavía no ha sido erradicada. Esta enfermedad ha sido provocada por el virus coronavirus de tipo 2 causante del síndrome respiratorio agudo severo (SRAS-CoV-2). Como es ya sabido por todo el mundo, y según la OMS, la enfermedad puede propagarse de persona a persona a través de las gotículas procedentes de la nariz o la boca que salen despedidas cuando una persona infectada tose o exhala; dichas gotículas pueden caer sobre los objetos y superficies que rodean a la persona, de modo que otras personas pueden contraer la COVID-19 si tocan estos objetos o superficies y luego se tocan los ojos, la nariz o la boca; también puede contagiarse la enfermedad si la persona inhala las gotículas que haya esparcido otra persona con COVID-19 al toser o exhalar. La propia OMS señala que el virus se propaga rápidamente y los brotes pueden crecer a un ritmo exponencial, y que en la actualidad no existen terapias o vacunas que demuestren tratar o prevenir la COVID-19, aunque los gobiernos nacionales, la OMS y sus socios están trabajando con urgencia para coordinar el rápido desarrollo de contramedidas médicas (Organización Mundial de la Salud.: *Actualización de la estrategia frente a la COVID-19*, Ginebra (Suiza), 14 de abril de 2020, p. 3). Hasta tal punto ha sido la expansión de la enfermedad que la OMS el 11 de marzo de este año elevó la situación de emergencia de salud pública provocada por el COVID-19 a pandemia internacional. En la última actualización de la estrategia frente al virus, citada, la OMS sigue señalando que en los países o regiones subnacionales en los cuales se ha producido transmisión comunitaria, las autoridades deben adoptar y adaptar inmediatamente medidas de distanciamiento físico y restricciones de movimiento a nivel de la población, además de otras medidas de salud pública y del sistema sanitario, para reducir la exposición y contener la transmisión (entre otras, medidas de higiene y distanciamiento personal; medidas a nivel de la comunidad que reduzcan el contacto entre las personas, como suspensión de concentraciones multitudinarias, cierre de lugares de trabajo no esenciales y establecimientos educativos, y reducción del transporte público; medidas que reduzcan el riesgo de importación o de reintroducción del virus procedentes de otras zonas de alta transmisión, como limitar los viajes

• **Josefina Alventosa del Río**

Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Valencia. Correo electrónico: josefina.alventosa@uv.es

nacionales e internacionales y cuarentena; y medidas que garanticen la protección de trabajadores sanitarios y grupos vulnerables) (Organización Mundial de la Salud, cit., p. 10). Señala la OMS que la implantación de estas medidas reducirá potencialmente la mortalidad allanando la trayectoria de la epidemia, aliviando la presión sobre los servicios de atención sanitaria, aunque por el impacto social y económico deben tomarse con el consentimiento y participación de las comunidades.

2. Nuestro país se ha encontrado en esta última situación de transmisión comunitaria. Lo que ha provocado la necesidad de proteger la salud de los ciudadanos. En nuestro ordenamiento jurídico se da cobertura jurídica a la protección de la salud en numerosas normas. Particularmente, el art. 43 de la CE establece: "1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. - 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. - La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto"; y el art. 41 de la misma norma dispone que "Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres" (ambos situados en el Título I, Capítulo III, "De los Principios Rectores de la Política Social y Económica"), aunque hay que tener en cuenta otros preceptos de la misma que se refieren también a la protección de la salud (así, arts. 40.2, 45, 49, 50, 51, especialmente). De ello se deduce que en nuestro país predomina un sistema sanitario público, compatible e interrelacionado en muchas ocasiones con el ejercicio privado de la medicina. Pero nuestra Constitución también se refiere a la protección de la salud como un bien integrante de los derechos de la personalidad o fundamentales de la persona en el art. 15 de la misma cuando señala que "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes" (situado en el Título I, Capítulo II, Sección 1ª, "De los derechos fundamentales y de las libertades públicas"); estos derechos a la vida y a la integridad física de las personas incluyen el derecho a la salud física y psíquica de la misma, y como tales derechos de la personalidad o fundamentales tienen una protección jurídica especial, como fundamentales que son, y también por vía ordinaria, como derechos del individuo que son. Así pues, en la CE la protección de la salud se entiende desde una doble óptica: como un bien común o social y como un bien individual de esencial relevancia (en este sentido, TALAVERA FERNÁNDEZ, P.: "El derecho humano a la salud frente a las condiciones biosanitarias del planeta", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2º semestre, núm. 12, 2008, pp. 125 y 133 ss., señala que el derecho a la salud tiene

dos dimensiones, una dimensión social, que implica el derecho al mantenimiento de las condiciones de salud, y una dimensión individual, que supone el derecho a la atención sanitaria; en parecido sentido, VIDAL MARTÍNEZ, J.: “Acerca del derecho a la protección de la salud en relación con los avances en biomedicina desde la perspectiva del Derecho español”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, febrero 2015, pp. 6-8). De esta manera, los poderes públicos deben cumplir una doble función como garantes de la salud pública y de la salud individual.

3. Esta protección a la salud, tanto pública como individual, está tutelada además en el marco legislativo sanitario. La legislación en materia de salud es abundante y compleja, pues a la legislación estatal hay que sumar la legislación de las Comunidades Autónomas, y la normativa internacional aplicable en nuestro país. La propia Constitución dispone en el art. 149.I, reglas 16ª y 17ª, la competencia exclusiva del Estado en materia de sanidad exterior; bases y coordinación general de la Sanidad, legislación sobre productos farmacéuticos y legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas, permitiendo asimismo que éstas puedan asumir competencias en materia de sanidad e higiene (art. 148.I, 21ª); dichas competencias se concretan en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS) en los arts. 38 y ss., en relación a las competencias del Estado, y en los arts. 41 y ss., en relación a las competencias de las Comunidades Autónomas. En el ámbito estatal, hay que destacar tres leyes fundamentales: la citada Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública; a las que hay que añadir la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. A ello, hay que añadir que las CCAA tienen sus propias leyes de salud y de ordenación sanitaria y de autonomía del paciente. De esta legislación hay que destacar en concreto la LGS que en su art. 1.1 señala que “tiene por objeto la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución”, teniendo la ley condición de norma básica, pudiendo las CCAA dictar normas de desarrollo y complementarias de la misma (art. 2), señalando que los medios y actuaciones del sistema sanitario estarán orientados prioritariamente a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades” (art. 3.1).

4. Entre otras cosas, en estas normas se delimita el estatuto jurídico del paciente, constituido por un entramado de derecho y obligaciones establecidos

y distribuidos en diversas normas de la legislación sanitaria estatal y autonómica. Limitándonos únicamente a la legislación básica estatal, cabe señalar que la Ley 14/1986, General de Sanidad establece en el art. 10 los derechos básicos de éste en el sistema sanitario español (extensivos también a los servicios sanitarios privados), señalando que éstos, cimentándose en los principios de respeto a la personalidad, dignidad humana e intimidad, que también se configuran como derechos del paciente, son, en esencia, el derecho a no ser discriminado; el derecho a la información sobre los servicios sanitarios así como a ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud; el derecho a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas; el derecho a que se le asigne un médico y a la elección de médico y demás sanitarios de acuerdo a la normativa vigente; el derecho a utilizar las vías de reclamación y de propuesta de sugerencias; y el derecho a obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, en los términos que reglamentariamente se establezcan por la Administración del Estado. Esta norma se complementa con la Ley 14/2002 en la que se reiteran alguno de los derechos establecidos en la LGS y, sobre todo, se establece como derecho esencial en la relación clínica-asistencial el principio de autonomía del paciente, consagrando el elemento del consentimiento informado como elemento principal de dicha relación (art. 2) (véase al respecto GALÁN CORTÉS, J.C.: *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Civitas, Madrid, 2001; ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "El derecho a la autonomía del paciente", en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo, I, Semblanza. Derecho civil. Parte General*, Madrid, 2003, pp. 173-205). De igual manera, en la Ley 33/2011, General de Salud Pública, se reconoce a los ciudadanos en el ámbito de la salud pública el derecho a la información, a la participación, a la igualdad, a la intimidad, confidencialidad y respeto a la dignidad (arts. 4 a 7). Y en la Ley 16/2003, de Cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, se reconoce el derecho a recibir asistencia sanitaria en su Comunidad Autónoma de residencia o por desplazamiento y a disponer de una segunda opinión facultativa sobre su proceso (art. 4). Por el contrario, frente a este abanico de derechos, son muy pocas las obligaciones que se establecen en la citada legislación. La LGS establece como obligaciones de los ciudadanos cumplir las prescripciones generales de naturaleza sanitaria comunes a toda la población, así como las específicas determinadas por los Servicios Sanitarios, cuidar las instalaciones de las Instituciones sanitarias y responsabilizarse del uso adecuado de las prestaciones ofrecidas por el sistema sanitario, (art. 11). Y la Ley 33/2011 establece el deber de colaboración, facilitando el desarrollo de las actuaciones de salud pública y el deber de comunicación de hechos, datos o circunstancias que puedan constituir un riesgo o peligro grave para a salud de la población (art. 8).

5. Sin embargo, este marco normativo que es de aplicación a las situaciones ordinarias de la vida cotidiana sufre una alteración cuando existe peligro para la salud pública, e inclusive para el propio paciente. Como es la situación que vivimos en España y en el mundo por la enfermedad del COVID-19. Dada la facilidad de transmisión del virus y dado que en nuestro país se provocó a principios de marzo una transmisión comunitaria del mismo, esta situación determinó que el Gobierno decretará el estado de alarma a través del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, fundamentándose en el art. 4, b), de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que habilita al Gobierno para, en el ejercicio de las facultades que le atribuye el art. 116.2 de la Constitución Española, declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzcan crisis sanitarias (tales como epidemias) que supongan alteraciones graves de la normalidad. El Estado de alarma ha tenido incidencia directa en el ámbito sanitario. Además de las dificultades técnicas, de medios y de personal que ha sufrido el sistema sanitario español por la expansión de la pandemia, éste también se ha visto alterado en cuanto a sus parámetros jurídicos.

6. Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, por cuanto se refiere a las medidas adoptadas en el Real Decreto con el objetivo de contener la epidemia, permite, entre otras cosas, en el art. 11, a), limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos; añadiendo el art. 12.1 que en el supuesto previsto en el apartado a) del art. 4 (declaración del estado de alarma por crisis sanitarias) la Autoridad competente (en este caso, el Gobierno), podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas o en otras situaciones; asimismo, se prevé que el incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la Autoridad competente en el estado de alarma será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las leyes (art. 10.1). Por su parte, el preámbulo del Real Decreto 463/2020 señala que las medidas previstas se toman para proteger la salud y la seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública, teniendo estas medidas el carácter de extraordinario, añadiendo que son imprescindibles para hacer frente a la situación, resultan proporcionadas a la extrema gravedad de la misma y no suponen la suspensión de ningún derecho fundamental. En dicho Real Decreto, entre otras medidas, se establece en su art. 7 la limitación de la libertad de circulación de las personas, salvo para la realización de actividades muy concretas, señalando que en todo caso cualquier desplazamiento supone respetar

las recomendaciones y obligaciones dictadas por las autoridades sanitarias. Y en el art. 12 se establecen medidas dirigidas a reforzar el Sistema Nacional de Salud en todo el territorio, señalando que “Todas las autoridades civiles sanitarias de las administraciones públicas del territorio nacional, así como los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas del Ministro de Sanidad en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza”, añadiendo que las administraciones públicas autonómicas y locales mantendrán la gestión, dentro de su ámbito de competencia, de los correspondientes servicios sanitarios, asegurando en todo momento su adecuado funcionamiento, reservándose el Ministro de Sanidad el ejercicio de cuantas facultades resulten necesarias para garantizar la cohesión y equidad en la prestación del referido servicio; se asegura la plena disposición de las autoridades civiles responsables en el ámbito de la salud pública y de los empleados que presten su servicio en el mismo, señalando que dichas medidas garantizarán la posibilidad de determinar la mejor distribución de todos los medios técnicos y personales de acuerdo con las necesidades que se pongan de manifiesto.

7. Además, hay que recordar que en tales situaciones puede ser de aplicación una ley especial, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, una norma brevísima, compuesta únicamente por cuatro preceptos, y cuyo art. 1 establece: “Al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad”. Las medidas que dicha ley permite adoptar por parte de las autoridades sanitarias son las referidas a reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control “cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad” (art. 2), añadiéndose que “Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible” (art. 3). En situaciones de epidemia, como se observa, la autoridad sanitaria puede establecer medidas extremas para proteger la salud pública e individual. Ello viene refrendado, además, por el artículo 26 de la LGS que establece la posibilidad de adoptar las medidas preventivas que se estimen pertinentes en caso que exista un riesgo inminente y extraordinario

para la salud, entre las que se cuentan la intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren justificadas, sin distinguir la ubicación o titularidad de esos medios personales y materiales. Pero es que estas situaciones extremas pueden comportar inclusive la supresión del consentimiento informado de los pacientes, núcleo de la relación asistencial, señalando el art. 9.2, a) de la Ley 41/2002 que “Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento (...) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley (...)”.

8. Como se observa, este marco jurídico se ha visto alterado por el Real Decreto de Estado de Alarma en diversos aspectos; así, la gestión de la actividad sanitaria, que ha sido asumida por la autoridad designada en dicho RD, la dedicación de los profesionales sanitarios, la adquisición y distribución de medicamentos y otros productos sanitarios, el aislamiento de personas afectadas en el hospital o en su propio domicilio, la anteposición de estas personas en la asistencia a otras personas con otros padecimientos. Y quizá las medidas que parecen más enérgicas hayan sido la limitación de movimientos de los ciudadanos, con el confinamiento de los mismos en sus hogares, y la suspensión de toda actividad laboral, salvo los servicios esenciales. Contra dichas medidas se han levantado opiniones disconformes, que se han visto reflejadas en los medios de comunicación. Así, el Tribunal Supremo ha admitido un recurso contra el Estado de Alarma de un particular por supuesta vulneración de los Derechos fundamentales de Libertad, Reunión y Circulación, pues quiere reunirse con sus amigos y familiares en sus casas y poder ir libremente a su segunda residencia, ya que se encuentra perfectamente de salud y solicita que se le realice un test para acreditarlo (Puede verse el texto de la interposición del Recurso el 21 de abril 2020 y la entrevista realizada al demandante el 22 de abril por Pablo Segarra en el diario 20minutos: <https://www.20minutos.es/noticia/4235151/0/el-supremo-admite-un-recurso-por-vulneracion-de-derechos-fundamentales-durante-el-estado-de-alarma/>). Por otro lado, un grupo de siete juristas ha solicitado al Defensor del pueblo que impugne el Real Decreto del Estado de Alarma por inconstitucional por suponer una grave suspensión general del derecho fundamental a la libre circulación (art. 19 CE) al contener una prohibición global en cuanto a situaciones, personas y lugares, lo que desborda la previsión normativa contenida en la Ley para el supuesto de estado de alarma, de la misma manera ha afectado a la suspensión de los derechos de reunión y manifestación, a la paralización del normal funcionamiento del Congreso de los Diputados y del sistema de control político sobre el Ejecutivo, a la suspensión del derecho de libertad religiosa, así como a la suspensión del ejercicio del derecho de la libertad de empresa (El Mundo, 19 de abril de 2020, <https://www.elmundo.com>).

es/espana/2020/04/19/5e9c8ecb21efa0096a8b45c3.html). Sin embargo, hay que tener en cuenta que todas estas medidas extraordinarias no derivan únicamente del citado RD, sino que, como se puede observar, ya se encuentran insitas en la legislación sanitaria vigente con anterioridad al mismo, previendo situaciones como la que nos encontramos ahora.

9. Frente a todas las críticas formuladas, y teniendo en cuenta las normas que avalan la toma de estas decisiones, hay que recordar que todas estas medidas tienen como finalidad primordial contener la expansión del virus, y preservar la salud y la vida de los ciudadanos, que se configuran como derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico, y que como dice nuestro Tribunal Constitucional, el derecho a la vida “es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional -la vida humana- y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible” (STC 53/1985, de 11 de abril, FD 3, TOL79.468). De momento, parece que dichas medidas han tenido un resultado que prudentemente se puede calificar de positivo en cuanto han ido paliando la extensión de la epidemia en nuestro país, preservando con ello la vida y la salud de las personas y, por ende, estos derechos que tan esenciales son al ser humano.