



Revista Galega de Administración Pública, EGAP  
Núm. 62\_julio-diciembre 2021 | pp. 429-455  
Santiago de Compostela, 2021  
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i62.4819>  
© Xosé Antón Sarmiento Méndez  
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371  
Recibido: 21/07/2021 | Aceptado: 16/12/2021

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

A centralidade parlamentaria nas decisións en tempos de pandemia: Comentario sobre a competencia autonómica na aprobación da Lei 8/2021, do 25 de febreiro, de modificación da Lei 8/2008, do 10 de xullo, de saúde de Galicia

## **La centralidad parlamentaria en las decisiones en tiempos de pandemia: Comentario sobre la competencia autonómica en la aprobación de la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia<sup>1</sup>**

Parliamentary centrality in decisions in times of pandemic: Commentary on regional competence when passing Law 8/2021 of 25 February, amending Law 8/2008 of 10 July, on health in Galicia

XOSÉ ANTÓN SARMIENTO MÉNDEZ  
Profesor asociado de Derecho Administrativo  
Universidad de Santiago de Compostela

<https://orcid.org/0000-0003-4533-0233>

[xa.sarmiento@usc.es](mailto:xa.sarmiento@usc.es)  
[xose.anton.sarmiento.mendez@parlamentodegalicia.gal](mailto:xose.anton.sarmiento.mendez@parlamentodegalicia.gal)

62 Regap

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

<sup>1</sup> El presente comentario bebe en las fuentes del trabajo de la letrada del Parlamento de Galicia y de la ponencia de la ley Purificación López Gómez, a quien agradezco su entrega y apoyo permanente en la asistencia jurídica a la Comisión de Sanidad de la Cámara.

**Resumo:** A pandemia supuxo unha asunción de poderes por parte dos gobernos e nos Estados territorialmente descentralizados tamén a atribución de competencias aos suxeitos do poder central. Este comentario reflexiona sobre as razóns xurídicas que apoian unha lei galega que limita a actuación do Executivo autonómico e o somete aos límites da legalidade aprobada polo Parlamento de Galicia ao tempo que reivindica a titularidade da competencia para Galicia en materia sanitaria.

**Palabras clave:** Pandemia, sanidade, legalidade, Administración, Parlamento.

**Resumen:** La pandemia ha supuesto una asunción de poderes por parte de los gobiernos y en los Estados territorialmente descentralizados también la atribución de competencias a los sujetos del poder central. Este comentario reflexiona sobre las razones jurídicas que apoyan una Ley gallega que limita la actuación del Ejecutivo autonómico y lo somete a los límites de la legalidad aprobada por el Parlamento de Galicia al tiempo que reivindica la titularidad de la competencia para Galicia en materia sanitaria.

**Palabras clave:** Pandemia, sanidad, legalidad, Administración, Parlamento.

**Abstract:** The pandemic has led to an assumption of powers by governments and in territorially decentralized states also the attribution of powers to subjects of central power. This comment reflects on the legal reasons that support a Galician law that limits the performance of the regional Executive and subjects it to the limits of the legality approved by the Galician Parliament while claiming ownership of the competence for Galicia in health matters.

**Key words:** Pandemic, health, legality, Administration, Parliament.

**SUMARIO:** 1 Introducción: la competencia autonómica y su desarrollo en la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia. 2 Una referencia a la coordinación en materia sanitaria como título competencial estatal. 3 ¿Qué alcance tiene la reserva de ley orgánica en el ámbito de las medidas preventivas en materia de salud pública? 4 La colaboración internormativa para un correcto entendimiento del Estado autonómico. 5 La técnica normativa de la nueva redacción del artículo 38 de la Ley gallega.

## 1 Introducción: la competencia autonómica y su desarrollo en la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia

La Constitución española de 1978 establece en un primer momento las competencias asumibles por las comunidades autónomas y las que denomina exclusivas del Estado, que, en el ámbito sanitario, se han concretado en sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos. En sanidad exterior, la necesaria colaboración entre la Administración estatal y las administraciones autonómicas está prevista en la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad (LGS), y disposiciones de desarrollo. En relación con la legislación sobre *productos farmacéuticos*, la ley del medicamento recoge esta materia como competencia exclusiva del Estado, siendo competencia autonómica la ejecución de la legislación. En lo referido a las bases de la sanidad, es competencia del Estado el establecimiento de normas que fijen las condiciones y los requisitos mínimos para una igualación básica de condiciones en el funcionamiento de los servicios públicos. La LGS relaciona las actuaciones que corresponden al Estado, sin menoscabo de las

competencias de las comunidades autónomas. Por último, la coordinación de la sanidad debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en ciertos aspectos y la denominada acción conjunta de las autoridades sanitarias del Estado central y de los poderes territoriales autonómicos en el ejercicio de sus correspondientes competencias, de tal modo que se pueda alcanzar la necesaria integración de sus políticas públicas en la totalidad de un sistema sanitario. Como indica Muñoz Machado<sup>2</sup>, la elección de un modelo sanitario actúa como elemento esencial de la competencia del Estado sobre las bases. Esta reserva se efectúa a los efectos de constituir un “sistema sanitario de alcance nacional”. Por otro lado, la pandemia sanitaria ha impactado de lleno en el sistema constitucional español, produciendo cambios de ejercicio de competencias que se manifiestan en todos los planos, entre ellos señaladamente el sanitario<sup>3</sup>. En este marco normativo general, el Gobierno impugnó el apartado 5 del artículo único de la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, en cuanto a la nueva redacción del artículo 38.2 de la ley modificada<sup>4</sup>, en el que se establece la siguiente regulación:

«Artículo 38. Medidas preventivas en materia de salud pública (...)

2. Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias autonómicas, dentro del ámbito de sus competencias, cuando así lo exigiesen razones sanitarias de urgencia o necesidad:

a) Podrán adoptar medidas preventivas de 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

<sup>2</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995. También se recoge esta idea en la jurisprudencia que he estudiado en: SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., *O Estatuto de Galicia: 20 anos de parlamento e xustiza constitucional*, Edicións Xerais de Galicia, Vigo, 2003.

<sup>3</sup> Como ha señalado BELLIDO ASPAS, «La pandemia COVID-19 irrumpió bruscamente y sus efectos se hicieron sentir desde el primer momento por la gran movilidad e interrelación social que caracterizan a la sociedad actual. La necesidad imperiosa de reducir los contactos sociales y adoptar férreas medidas preventivas para evitar la propagación del virus afectó a la gran mayoría de las actividades profesionales, servicios públicos y administraciones...» (BELLIDO ASPAS, M., “La pandemia Covid-19 como elemento acelerador de la modernización de la justicia española”, *elderecho.com Noticias jurídicas y actualidad*, 21/06/2021. Acceso web: [https://elderecho.com/la-pandemia-covid-19-como-elemento-acelerador-de-la-modernizacion-de-la-justicia-espanola?utm\\_medium=email&utm\\_source=newsletter&utm\\_campaign=20210621\\_Nwl](https://elderecho.com/la-pandemia-covid-19-como-elemento-acelerador-de-la-modernizacion-de-la-justicia-espanola?utm_medium=email&utm_source=newsletter&utm_campaign=20210621_Nwl), julio de 2021). Para sus efectos políticos e institucionales en Galicia, puede consultarse mi trabajo: SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “Covid-19. Una visión desde el Parlamento de Galicia y su administración electoral”, *Corts. Anuari de dret parlamentari*, n. 34, mayo 2021, pp. 225-254.

<sup>4</sup> En la línea apuntada por DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, de desarrollo de las bases sanitarias o comercio interior, «la norma autonómica que en este caso incluye el desarrollo de las bases fue aprobada en la sesión plenaria de 23 de febrero de 2021 y publicada en el *Diario Oficial de Galicia* número 39, de 26 de febrero de 2021» (DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., “Estado autonómico y lucha contra la pandemia”, Biglino Campos, M.P. y Durán Alba, J.F. (dirs.), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, p. 67). Posteriormente fue presentado por 50 diputados del grupo parlamentario Vox recurso de inconstitucionalidad n. 2901-2021 (contra el artículo único, apartado cinco, de la L 8/2021, de 25 feb., de modificación de la L 8/2008, de 10 julio, salud de Galicia) BOE de 30 de junio de 2021.

*concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad.*

*b) A fin de controlar las enfermedades transmisibles, además de realizar las acciones preventivas generales y de la posible adopción de las medidas preventivas previstas en el número 1 de este precepto, podrán adoptar las medidas oportunas para el control de las personas enfermas, de las personas que estén o hayan estado en contacto con ellas y del ambiente inmediato, así como las que se estimen necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible. En particular, podrán adoptarse las siguientes medidas preventivas:*

*1.ª) Medidas de control de las personas enfermas, cuando fuera procedente, como el aislamiento en domicilio, el internamiento en centro hospitalario o el aislamiento o internamiento en otro lugar adecuado para tal fin<sup>5</sup>.*

*2.ª) Sometimiento de las personas enfermas a tratamiento adecuado.*

*3.ª) Medidas de control de las personas que estén o hayan estado en contacto con las personas enfermas, como el sometimiento a una cuarentena en el domicilio o en otro lugar adecuado para tal fin. A estos efectos, se entenderá por cuarentena la restricción de las actividades y la separación, de las demás personas que no están enfermas, de una persona respecto a la cual pueda tenerse razonablemente la sospecha de que estuvo o haya podido estar expuesta a un riesgo para la salud pública y sea una posible fuente de propagación adicional de enfermedades, de acuerdo con los principios científicos, las pruebas científicas o la información disponible<sup>6</sup>.*

*4.ª) Sometimiento a observación o a medidas de vigilancia del estado de salud, a examen médico o a pruebas diagnósticas de personas que presenten síntomas compatibles con la enfermedad transmisible de que se trate o de personas respecto a las cuales existan otros indicios objetivos de que puedan suponer un riesgo de transmisión de la enfermedad. La observación, el examen o las pruebas serán lo menos intrusivos o invasivos posible para permitir lograr el objetivo de salud pública consistente en prevenir o contener la propagación de la enfermedad.*

---

<sup>5</sup> Como puede observarse, el legislador gallego limita la actuación del Gobierno y la Administración de la Xunta cuando taxativamente establece los límites y garantías mediante los que se aplican en nuestra comunidad autónoma las medidas establecidas con carácter general por las Cortes Generales mediante ley orgánica. Es necesario que las medidas se adopten para el control de personas enfermas solo en casos procedentes y exclusivamente en lugares adecuados para ese fin. Este marco limitativo de la potestad administrativa se ve completado, pues la ley dice que solo podrá adoptarse con el objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, que solo podrán hacerlo las autoridades sanitarias autonómicas, dentro del ámbito de sus competencias, y además cuando así lo exigiesen razones sanitarias de urgencia o necesidad. Así pues, las limitaciones que podrán contrastar los tribunales en aplicación del artículo 106.1 de la Constitución son muy tuitivas de los derechos de los gallegos.

<sup>6</sup> PRESNO LINERA entiende, para el caso de los menores confinados contra su voluntad en Mallorca a finales de junio de 2021, que hace falta una resolución judicial de modo semejante al caso ocurrido con el primer confinamiento en Tenerife en febrero de 2020. Acceso web: <https://twitter.com/PresnoLinera/status/1409759851014729728> (julio de 2021). En sentido muy semejante, el auto de 5 de julio de 2020 del Juzgado de Instrucción n. 1 de Albacete.

5.<sup>a</sup>) Sometimiento a medidas profilácticas de prevención de la enfermedad, incluida la vacunación o inmunización, con información, en todo caso, de los posibles riesgos relacionados con la adopción o no adopción de estas medidas.

6.<sup>a</sup>) Medidas de control del entorno inmediato de las personas enfermas o de las personas que estén o hayan estado en contacto con ellas, así como de las zonas afectadas. A estos efectos, se entenderá por zona afectada aquellos lugares geográficos en los cuales sean necesarias medidas sanitarias de control de la propagación de la enfermedad. La determinación de la zona afectada se efectuará de acuerdo con los principios de precaución y proporcionalidad, procurando, siempre que resulte posible y eficaz, actuar lo antes posible o con mayor intensidad o medida sobre las zonas concretas en que se produjese la mayor afección, para evitar perjuicios innecesarios al resto de la población<sup>7</sup>.

7.<sup>a</sup>) Aquellas otras medidas sanitarias justificadas y necesarias que, de acuerdo con los riesgos y circunstancias en cada caso concurrentes, se estimen adecuadas para impedir o controlar la propagación de la enfermedad, en función del estado de la ciencia y del conocimiento existente en cada momento, siempre con sujeción a los criterios y principios establecidos en la presente ley y, en particular, de acuerdo con el principio de proporcionalidad»<sup>8</sup>.

Una primera aproximación a la norma autonómica lleva a concluir que se aprueba con el objeto de tutelar la salud pública en situaciones de riesgo, cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad y con escrupuloso respeto a la normativa aplicable, conforme a la legislación sanitaria estatal, de rango orgánico y ordinaria, estableciendo al efecto un marco normativo en aras de la seguridad jurídica, entendida, en palabras del propio Tribunal Constitucional, como la certeza

<sup>7</sup> Entre otras, estas medidas podrán consistir en: i) Medidas que conlleven la limitación o restricción de la circulación o movilidad de las personas dentro de la zona afectada o en determinados lugares y espacios dentro de dicha zona o en determinadas franjas horarias. ii) Medidas de control de la salida de la zona afectada o de entrada en ella. iii) Restricciones a las agrupaciones de personas, incluidas las reuniones privadas entre no convivientes, especialmente en los lugares y espacios o con ocasión del desarrollo de actividades que conlleven un mayor riesgo de propagación de la enfermedad; todo ello sin perjuicio de las competencias estatales en relación con las reuniones en lugares de tránsito público y las manifestaciones realizadas en ejercicio del derecho fundamental regulado en el artículo 21 de la Constitución española. iv) Medidas de cribado consistentes en la realización de pruebas diagnósticas de determinados sectores o grupos de la población particularmente afectados o vulnerables. Las restricciones a los desplazamientos y agrupaciones de personas enumeradas anteriormente nunca podrán ser absolutas, debiendo expresar con claridad y precisión los desplazamientos y agrupaciones que se restringen, actuando con preferencia sobre los desplazamientos y agrupaciones por razones meramente recreativas y de ocio. Habrán de admitirse, en todo caso, aquellos desplazamientos y agrupaciones que se desarrollen por motivos esenciales o justificados compatibles con la protección de la salud, sin perjuicio, en su caso, de los controles o medidas de prevención adicionales que pudieran establecerse. Se trata de medidas que fueron adoptadas ya en un primer momento con motivo del estado de alarma y criticadas por COTINO HUESO, L., "La (in)constitucionalidad de las restricciones y suspensión de la libertad de circulación por el confinamiento frente a la covid", Garrido López, C. (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, pp. 159 y ss.

<sup>8</sup> El precepto impugnado es objeto de modificación por la Ley gallega 8/2021, y se integra dentro del capítulo III, relativo a las intervenciones públicas que "garantizan los derechos y deberes de la ciudadanía"; en el título II del Sistema Público de Salud de Galicia, con la finalidad de concretar en una norma con rango de ley las medidas preventivas que pueden adoptar las autoridades sanitarias gallegas, en ejercicio de sus competencias, para hacer frente a los riesgos de salud pública. Otras medidas contempladas en el texto gallego pueden suponer afección del derecho de propiedad, como ha estudiado en el ámbito comparado NEKIT, K., "Restrictions of Private Property Right in Terms of the Covid-19 Pandemic: The Experience of the US, UK and Ukraine", *The Age of Human Rights Journal*, n. 16, 2021, pp. 263-277.

sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986, FJ 1), la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cual ha de ser la actuación del poder en la aplicación del derecho (STC 36/1991, FJ 5), la claridad del legislador y no la confusión normativa (STC 46/1990, FJ 4). Como es bien sabido, solo si en el ordenamiento jurídico en que se insertan y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en derecho el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica (SSTC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4; y 212/1996, de 19 de diciembre, FJ 15; STC 104/2000, FJ 7). Esta es la seguridad jurídica que ha de aportar el Parlamento en momentos en los que los ejecutivos han pasado por encima de los fundamentos de la división de poderes y han debilitado, como señala GÓMEZ CORONA, la esencia de nuestro sistema constitucional<sup>9</sup>. El respaldo parlamentario a decisiones antes adoptadas exclusivamente por la Administración supone una afirmación del parlamentarismo gallego, reforzado, además de por el pluralismo político que le es propio y por el principio agregativo del procedimiento legislativo, por las vías de participación ciudadana que en el proceso de elaboración de la Ley de salud han sido particularmente fructíferas y que contrastan con la unilateralidad de las adoptadas por los ejecutivos<sup>10</sup>.

Es decir, la Ley gallega aúna la tutela de la salud pública con la concreción de las medidas preventivas a adoptar en su caso, en garantía de los derechos y deberes de la ciudadanía, cuando lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad y, en concreto, a fin de controlar las enfermedades transmisibles, con la seguridad jurídica correspondiente. Así se recoge en la propia exposición de motivos de la Ley 8/2021: «en ejercicio de la competencia autonómica en materia de sanidad interior contemplada en el artículo 33 del Estatuto de autonomía de Galicia, se introducen en la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, las modificaciones necesarias a fin de hacer frente a la necesidad de contar con un marco normativo claro en la materia que ofrezca la necesaria seguridad jurídica, tanto para quienes han de intervenir en la adopción de las medidas y en su inspección, vigilancia, control y sanción como para las personas destinatarias de estas. Especial atención merece la concreción de las medidas preventivas que pueden adoptar las autoridades sanitarias gallegas, en ejercicio de sus competencias, para hacer frente a riesgos de salud pública. Dada la posible afectación que tales medidas pueden tener en los derechos y libertades de la ciudadanía, procede que una norma legal regule estas medidas, delimitando con precisión sus contornos y los requisitos para su adopción, teniendo en cuenta

<sup>9</sup> «Y a todo este escenario se suma la pandemia del coronavirus que no sólo ha puesto en jaque nuestro modo de vida, sino que, además, está sirviendo para poner a prueba la calidad de nuestros servicios públicos y la propia resistencia democrática de nuestras instituciones» (GÓMEZ CORONA, E., "La desparlamentarización del sistema político español. De parlamentarismo excesivamente racionalizado a un Parlamento diluido", *Revista de Derecho Político*, n. 111, 2021, pp. 109 y ss.).

<sup>10</sup> En este sentido puede consultarse RUBIO NÚÑEZ, R., MARAÑÓN MARTÍN, L. y GONZALO ROZAS, M.A., "¿Existe el lobby ciudadano? Una experiencia de participación en el Congreso de los Diputados", *Revista de las Cortes Generales*, n. 110, 2021, pp. 235-271.

necesariamente el marco normativo constituido por la legislación sanitaria y procesal». En este sentido, como ha apuntado TOLOSA TRIBIÑO<sup>11</sup>, el alcance del derecho a la salud *ex* artículo 43 de la Constitución supone poner el acento en el eminente carácter colectivo de tal derecho y, en esta línea, la Ley gallega añade: «Conforme a lo expuesto, una de las principales finalidades de la presente ley es, así, concretar las medidas que, teniendo en cuenta lo dispuesto en la legislación sanitaria estatal, de rango orgánico y ordinario, pueden adoptarse por las autoridades sanitarias gallegas para la protección de la salud pública, así como regular los requisitos que han de cumplirse para su correcta adopción, con especial atención a las exigencias de motivación y de proporcionalidad»<sup>12</sup>.

El artículo 149.1.16 de la CE atribuye la competencia exclusiva al Estado sobre las bases y coordinación general de la sanidad y, de acuerdo con ello, el Estatuto de autonomía de Galicia le atribuye a nuestra comunidad autónoma la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior (art. 33.1). Se trata, por tanto, de una competencia compartida entre el Estado y la comunidad autónoma, en la que se reserva al Estado la exclusiva para fijar y regular las bases de la materia, correspondiéndole a la Comunidad Autónoma de Galicia la potestad de desarrollo de la regulación básica y de ejecución de la normativa estatal que sea aplicable. La sanidad interior se contempla en una doble vertiente, una función normativa estatal de carácter básico y una función normativa autonómica de desarrollo de lo básico. Por su parte, la legislación estatal en la materia está constituida por la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, que, junto con la 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, integran el cuerpo normativo fundamental de la acción de tutela de la salud pública a nivel estatal. En el ámbito autonómico, se completa, entre otras de carácter sectorial que han sido validadas por el Tribunal Constitucional<sup>13</sup>, por la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia. Por lo demás, la competencia en materia de sanidad ha sido precisada por el Tribunal Constitucional en lo relativo al desarrollo legislativo y ejecución de la normativa estatal que les compete a las comunidades autónomas<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> TOLOSA TRIBIÑO, C., "Problemas legales de la vacunación en España", *Diario La Ley*, n. 9784, Sección Tribuna, 2021, p. 3. En este mismo sentido he puesto de manifiesto la esencialidad de los derechos fundamentales dentro del programa constitucional en: SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., "Las decisiones constituyentes y su revisión tras XXV años de jurisprudencia y vida constitucional", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 2, 2004, pp. 1.355-1.372.

<sup>12</sup> Por lo demás, la controversia que nos ocupa se está negociando en el marco de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Galicia, para tratar de alcanzar un acuerdo extraprocésal respecto de las discrepancias manifestadas por la interposición de este recurso de inconstitucionalidad (*Boletín Oficial del Estado* n. 121, 21 de mayo de 2021).

<sup>13</sup> Como he estudiado en: SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., "La ordenación farmacéutica a la luz de la STC 152/2003 de 17 de julio", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 3, 2003, pp. 1.891-1.904.

<sup>14</sup> Efectivamente, es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que la finalidad de la normativa básica es atribuir al Estado la potestad de instaurar "un común denominador normativo para asegurar la unidad fundamental" en todo el territorio estatal, un "mínimo común denominador normativo" para todas las comunidades autónomas porque la naturaleza de la materia de que se trata así lo exige (STC 1/1982); o bien la regulación de un núcleo de interés general, "marco de una política global" dentro de la que son constitucionalmente posibles una diversidad de regulaciones "permitiendo" políticas propias o específicas autonómicas" (STC de 4 de noviembre de 1982 y de 14 de junio de 1982).

Como sostiene el Tribunal Constitucional, la normativa básica del Estado tiene sus límites marcados por la ineludible necesidad de dejar un espacio para el desarrollo normativo de las comunidades autónomas y no puede regular una materia con una exhaustividad tal que impida a las CC.AA. desenvolver políticas propias, debiendo posibilitar la configuración de las políticas propias, ya que, en efecto, no cabe establecer regulaciones uniformes por normativa básica. Así lo ratifica el TC en el fundamento jurídico 6 de la Sentencia 98/2004<sup>15</sup>.

## 2 Una referencia a la coordinación en materia sanitaria como título competencial estatal

Especial consideración merecen en el análisis de esta ley la valoración de la atribución al Estado de las facultades estatales de coordinación en materia sanitaria. No podemos olvidar que la coordinación supone integración, unidad coherente y cohesionada, pero en el ámbito de lo básico, como he señalado *in extenso* para el caso medioambiental<sup>16</sup>, sin invadir o restar competencias estatales o autonómicas. Consecuentemente, la coordinación de la sanidad debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario. En otro sentido más estructural cabe hablar, para una buena redacción de la norma, de una coordinación conceptual que es la base de la técnica legislativa, pues la discordancia en la utilización de unos mismos conceptos con distintas acepciones en leyes de un mismo ordenamiento jurídico va directa y frontalmente contra el valor de la seguridad jurídica y se debe evitar de modo prioritario<sup>17</sup>.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1983, de 28 de abril, referida a las relaciones entre Estado y comunidades autónomas, ofrece un concepto que se respeta en la redacción del precepto plenamente asumible de la coordinación, al señalar que “*la coordinación persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirán o dificultarían, respectivamente, su realidad misma*”. Cabe entender, pues, que la coordinación estatal equivale a una ordenación armónica, de modo que esta actúe como una unidad coherente y cohesionada. Como también señaló la propia jurisprudencia constitucional (Sentencia 27/1987, de 27 de febrero, entre otras), aquella

<sup>15</sup> «Con esa delimitación material de lo básico se evita que puedan dejarse sin contenido o cercenarse las competencias autonómicas, ya que el Estado no puede, en el ejercicio de una competencia básica, agotar la regulación de la materia, sino que debe dejar un margen normativo propio de la Comunidad Autónoma». He explicado la garantía parlamentaria autonómica de los derechos en: SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “O estado social e democrático de dereito e as súas proxeccións parlamentarias no caso galego”, *REGAP: Revista Galega de Administración Pública*, vol. 1, n. 39, 2005, pp. 259-281.

<sup>16</sup> SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “Administración pública, Constitución e protección Medio Ambiental en España”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, n. 1, 2011, pp. 363-380.

<sup>17</sup> Así lo he expuesto en: SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “Significado y alcance de la técnica normativa”, *Revista Debate. Revista de la Asamblea Nacional de Panamá*, n. 15, 2008, p. 94.



permite la fijación de procedimientos o protocolos de actuación a los cuales deberán atenerse la pluralidad de instancias en presencia con el fin de procurar tales fines<sup>18</sup>.

Así entendida por el máximo intérprete de la Constitución, la coordinación no imposibilita el ejercicio por la comunidad autónoma de su competencia propia, ya que no puede conllevar en ningún caso el vaciamiento o solapamiento de competencias ni estatales ni autonómicas ni su ejercicio, con políticas propias autonómicas en el marco de las medidas preventivas en materia de salud preceptuadas en el artículo 38.2 de la Ley gallega 8/2021.

Las medidas preventivas en materia de salud establecidas en el artículo 38.2 impugnado por el Estado respetan escrupulosamente la normativa estatal aplicable, en especial el núcleo esencial del derecho concernido desarrollado por la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, y la coordinación no puede ser la causa para justificar la enervación de políticas públicas autonómicas, pues haríamos de la coordinación, cuya oportunidad no es negada, un elemento de vaciamiento de las legítimas facultades autonómicas, atribuidas por el bloque de constitucionalidad<sup>19</sup>.

El reconocimiento de las carencias del buen funcionamiento de instrumentos federalizantes en nuestro sistema autonómico ha llevado a PENDÁS GARCÍA<sup>20</sup> a afirmar que “la etapa llamada de «cogobernanza» pone de manifiesto la fragilidad de los mecanismos de coordinación: lo sabíamos hace tiempo y lo hemos comprobado en el peor momento. Si falta voluntad para el diálogo político, ningún instrumento jurídico es adecuado”. Sin embargo, la constatación de estos problemas no debe llevarnos a atajar a través del desapoderamiento de competencias autonómicas en una materia de carácter exclusivo y a través de un mecanismo que está pensado para otras figuras como es la coordinación.

<sup>18</sup> En suma, como recoge el fundamento jurídico de la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2017: «En cuanto a la competencia estatal de coordinación general de la sanidad, nuestra doctrina ha efectuado determinadas precisiones. Es una competencia distinta a la de fijación de bases. Presupone lógicamente que hay algo que debe ser coordinado; esto es, la existencia de competencias de las comunidades autónomas en materia de sanidad, que el Estado, al coordinarlas, debe obviamente respetar. La coordinación general, por su propio carácter, incluye a todas las instituciones territoriales en la medida en que tengan competencias en materia sanitaria y, por tanto, a las corporaciones locales. Además, la competencia estatal de coordinación general significa no sólo que hay que coordinar las partes o subsistemas del sistema general de sanidad, sino que esa coordinación le corresponde hacerla al Estado. Por último, la coordinación general debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y autonómicas en el ejercicio de sus respectivas competencias; de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario (por todas, SSTC 32/1983, FJ 3; 42/1983, FJ 3; 22/2012, FJ 3, y 33/2017, FJ 4)» (STC 64/2017, de 25 de mayo, FJ 4)».

<sup>19</sup> La coordinación, como dice el TC, tiene que partir de la posibilidad de que existan políticas autonómicas diversas, si no ya no cabría hablar de coordinar. Por lo tanto, solo una vez reconocida la posibilidad de la implantación de políticas propias en un territorio autonómico será el momento de apreciar la oportunidad de buscar fórmulas para que estas políticas, legítimamente diversas, se coordinen en un todo, pero sin que la solución o conclusión para esa coordinación pueda ser la eliminación de esa política autonómica o la de que no se puede implantar; no puede convertir a las comunidades autónomas en entes subordinados del Estado, ni proceder a una rectificación de sus competencias o impedirles, de hecho, su ejercicio.

<sup>20</sup> PENDÁS GARCÍA, B. (ed. lit.), *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo XXI. Ciencias Políticas y Jurídicas (con especial referencia a la sociedad poscovid 19)*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas: *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2020, p. 40.

### 3 ¿Qué alcance tiene la reserva de ley orgánica en el ámbito de las medidas preventivas en materia de salud pública?

Las medidas preventivas previstas por los legisladores gallegos no constituyen desarrollo frontal ni comportan restricciones que supongan limitación esencial de derecho fundamental alguno, sino que comportan únicamente la previsión de la posibilidad de modulaciones provisionales y limitadas a la forma en que ciertas personas disfrutan en determinadas circunstancias y no generalizadas del derecho fundamental concernido en los términos que establece la Ley orgánica 3/1986. Efectivamente la tutela de la salud pública, bien constitucionalmente protegido, impuesta por el artículo 43 de la Constitución española, puede justificar el establecimiento de límites al ejercicio de derechos y libertades, teniendo en cuenta, además, la íntima conexión de dicho mandato constitucional de protección de la salud pública con el derecho a la vida y a la integridad física reconocido en el artículo 15 de la Constitución española. Así se recoge expresamente en la exposición de motivos de la Ley gallega 8/2021 con base en la doctrina jurisprudencial asentada, que en su momento he comentado en relación con el derecho fundamental de educación<sup>21</sup>, y que fundamenta la compatibilidad internormativa entre la Ley orgánica 3/1986 y la Ley gallega 8/2021 en los siguientes términos:

*«En efecto, con arreglo a reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, los derechos y las libertades que la Constitución reconoce no tienen carácter absoluto o ilimitado, sino que pueden verse sometidos a ciertas modulaciones o límites, justificados en la protección de otros derechos, bienes o valores constitucionales, siempre con la debida proporcionalidad. En este sentido, la salud pública es un bien constitucionalmente protegido cuya tutela, impuesta por el artículo 43 de la Constitución española, puede justificar el establecimiento de límites al ejercicio de derechos y libertades, teniendo en cuenta, además, la íntima conexión de dicho mandato constitucional de protección de la salud pública con el derecho a la vida y a la integridad física reconocido en el artículo 15 de la Constitución española, como recientemente tuvo oportunidad de recordar el Tribunal Constitucional en su Auto 40/2020, de 30 de abril. Junto con ello, el Tribunal Constitucional admitió el establecimiento de medidas limitativas de derechos y libertades, incluidos derechos fundamentales y libertades públicas, sin tener que acudir necesariamente al llamado derecho de excepción si bien con el necesario respeto a la reserva de ley (arts. 53.1 y 81.1 de la Constitución española), de modo que debe ser la ley la que habilite la injerencia en el ámbito de los derechos y libertades y exprese los presupuestos y las condiciones de la intervención. Sentado lo anterior, en el caso concreto*

<sup>21</sup> SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., *Manual de Derecho Constitucional. Prácticas para un estudio comprensivo da materia*, Universidade de Vigo. Servizo de Publicacións, Vigo, 2010, pp. 235 y ss. Referido a normativa comparada más reciente, SOLDEVILA FRAGOSO, S., "El confinamiento general no supone un arresto domiciliario. Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto Cristian-Vasile Terhes", *Actualidad Administrativa*, n. 7-8, 2021.

*de las medidas limitativas de derechos fundamentales y de libertades públicas y respecto a la reserva de Ley orgánica del artículo 81.1 de la Constitución española, ha de advertirse que el Tribunal Constitucional, ya desde sus primeras sentencias, incidió en la necesidad de aplicar un criterio estricto o restrictivo en relación con el alcance de la reserva de ley orgánica para el desarrollo de derechos fundamentales y de libertades públicas previstas en el artículo 81.1 de la Constitución española. En concreto, de acuerdo con esta doctrina constitucional, requiere ley orgánica únicamente la regulación de un derecho fundamental o de una libertad pública que «desarrolle» la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, ya sea en una regulación directa, general y global del mismo, ya en una parcial o sectorial, pero igualmente relativa a aspectos esenciales del derecho, y no, por parcial, menos directa o encaminada a contribuir a la delimitación y definición legal del derecho. No entran, en cambio, dentro de la reserva de ley orgánica las modulaciones provisionales y limitadas a la forma en que ciertos sujetos disfrutan, en circunstancias muy determinadas y no generalizables, del derecho fundamental (entre otras, sentencias del Tribunal Constitucional 53/2002, de 27 de febrero, y 186/2013, de 4 de noviembre)<sup>22</sup>».*

No todo lo que afecta a los derechos fundamentales es un desarrollo directo o global de los aspectos esenciales de estos derechos fundamentales, es decir, el desarrollo directo del derecho fundamental considerado en abstracto o “en cuanto tal” –que sí está reservado a ley orgánica–. No podemos olvidar que las modalidades de su ejercicio, los presupuestos o condiciones de su ejercicio son objeto de ley ordinaria a tenor de lo dispuesto en el artículo 53.1 CE, es decir, las restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental, entendidas como las facultades que componen el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Continúa la exposición de la ley diciendo: «... Lo reservado al Estado ex artículo 81.1 de la Constitución española es, pues, la regulación de los aspectos esenciales, el desarrollo directo del derecho fundamental considerado en abstracto o “en cuanto tal”, en cuanto que se atribuye la regulación de la «materia» sobre la que se proyecta el derecho al legislador ordinario, estatal o autonómico, con competencias sectoriales sobre la misma. En suma, la reserva enunciada en el artículo 81.1 de la Constitución española para el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es incompatible con la colaboración internormativa entre la fuente a favor de la cual la reserva se establece y otras fuentes de producción reconocidas en la Constitución, para conseguir, de este modo, una disciplina integral y articulada del ámbito de que se trate (entre otras, STC 137/1986, de 6 de noviembre)».

<sup>23</sup> En este sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 7 de la STC 31/2018: «En relación con la exigencia de Ley orgánica en el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 81.1 CE), hemos recordado recientemente que «no todo lo que “afecte” a los derechos fundamentales (...) es un desarrollo directo de esos derechos fundamentales, esto es, una regulación de sus aspectos esenciales que requiera de una disposición de las Cortes emanada con forma de ley orgánica. La Constitución veda al decreto-ley afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos y, correlativamente, reserva a la ley ordinaria regular el ejercicio de tales derechos y libertades respetando su contenido esencial (art. 53.1); pero no obliga –por obvio que sea el recordarlo– a regular por ley orgánica las modalidades de su ejercicio ni los presupuestos o condiciones que los hagan efectivos, extremos que restan en los cometidos que la Constitución señala a la ley ordinaria» (STC 127/1994, de 5 de mayo, FJ 3 b). La ley orgánica sólo será precisa cuando se acometa un desarrollo directo –global o de sus aspectos esenciales– del ámbito subjetivo u objetivo de los derechos fundamentales del artículo 20.1 de la Constitución, lo que acontece, señalamos, cuando el legislador incide en la regulación de determinados aspectos esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas» (STC 86/2017, de 4 de julio, FJ 7) (...). Llevada a su extremo, la concepción formal de la ley orgánica podría producir en el ordenamiento jurídico una petrificación abusiva en beneficio de quienes en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado, ya que nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previendo tan sólo para supuestos

## 4 La colaboración internormativa para un correcto entendimiento del Estado autonómico

La compatibilidad de la colaboración internormativa entre la Ley orgánica 3/1986 y la Ley gallega 8/2021 es evidente en los términos que establece la exposición de motivos al delimitar el desarrollo directo o primario respecto a los límites a que puedan quedar sometidos los derechos fundamentales y las libertades públicas a favor de la protección de la salud pública efectuado por esta ley orgánica, en aplicación del artículo 81 de la Constitución española, precisando las condiciones esenciales que deben concurrir para la adopción, por parte de las autoridades sanitarias competentes y cuyo desarrollo puede ser concretado, respetando las referidas condiciones esenciales o ese desarrollo frontal o estructural del derecho concernido en el sentido precisado, por el legislador ordinario competente en la materia. Esto explica la aprobación de leyes autonómicas con incidencia en derechos fundamentales, tales como las electorales (art. 23.1 CE), en materia de emergencias (art. 19 CE), o la regulación de determinadas asociaciones (art. 22 CE), entre otras. La no remisión expresa, en su caso, por la ley orgánica a la ley ordinaria no impide su desarrollo, pues lo contrario limitaría o impediría parcialmente el ejercicio de ese derecho en detrimento de la competencia autonómica en la materia. A estos efectos, precisa la exposición de motivos los presupuestos y las condiciones de la intervención limitativa de derechos y libertades en el ámbito autonómico que desarrolla la Ley gallega 8/2021:

*«En el ámbito concreto de las medidas de protección de la salud pública, el legislador orgánico, a través de la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, configuró la protección de la salud pública, dada su evidente conexión con el derecho a la vida y a la integridad física, como derecho constitucionalmente protegido que puede operar como límite de los derechos fundamentales y libertades públicas, a través de la adopción, por parte de las autoridades sanitarias competentes, de las necesarias medidas para salvaguardar aquella.*

*Dicha ley orgánica contempla, además, los presupuestos y las condiciones para tal intervención limitativa de derechos y libertades, al delimitar tanto el ámbito material (la salud pública) como la exigencia de que esas razones sanitarias que demandan la adopción de las medidas sean urgentes y necesarias y la finalidad de tales medidas (la protección de la salud pública y la prevención de su pérdida o*

---

tasados y excepcionales una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas. Por ello hay que afirmar que, si es cierto que existen materias reservadas a leyes orgánicas (art. 81.1 CE), también lo es que las leyes orgánicas están reservadas a estas materias y que, por tanto, sería disconforme con la Constitución la ley orgánica que invadiera materias reservadas a la ley ordinaria (FJ 21)». (...) Está claro que nuestra doctrina ha destacado, en primer lugar y de forma ininterrumpida desde la citada STC 5/1981, la necesidad de aplicar un criterio estricto o restrictivo para determinar el alcance de la reserva, y ello tanto en lo referente al término “desarrollar” como a la “materia objeto de reserva”. Y el fundamento jurídico 11 de la STC 292/2000 concreta que «esos límites o bien pueden ser restricciones directas del derecho fundamental mismo (...) o bien pueden ser restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental. En el primer caso, regular esos límites es una forma de desarrollo del derecho fundamental. En el segundo, los límites que se fijan lo son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo que puede hacer el legislador ordinario a tenor de lo dispuesto en el art. 53.1 CE».

*deterioro, con atención particular, en su artículo tercero, a la finalidad de controlar las enfermedades transmisibles)».*

La ley se enmarca en este contexto, estableciendo un régimen jurídico de regulación de medidas preventivas en materia de salud pública, en concreto en desarrollo del contenido nuclear de la protección de la salud pública definido por la Ley orgánica 3/1986, dotando, dentro de las indudables dificultades de legislar en esta cuestión, como ha señalado ASTARLOA<sup>24</sup>, a la actuación de la Administración autonómica de predictibilidad y seguridad jurídica, garantía de la ley en la adopción de medidas preventivas que le competen al Ejecutivo. Así establecida la competencia legislativa autonómica, destacamos que, al amparo del apoderamiento a las autoridades competentes para la adopción de las medidas establecidas en la Ley orgánica 3/1986, en su artículo 2, “cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población” y, en su artículo 3, en el caso de “enfermedades transmisibles”, las autoridades sanitarias autonómicas, y no solo las estatales, han adoptado por sí medidas preventivas similares a las que recoge la Ley gallega 8/2021, numerosas resoluciones administrativas sometidas al control de la autorización o ratificación de la jurisdicción contencioso-administrativa y sin fundamento en la declaración del estado de alarma.

Como señala NOGUEIRA<sup>25</sup>, las medidas de las comunidades serán similares a las adoptadas recientemente por las comunidades autónomas tras la finalización del estado de alarma como consecuencia de la evolución de la situación epidemiológica derivada de la COVID-19 y avaladas en algunos casos por los tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas, como en el caso de Galicia por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, por el Auto 57/2021, de 12 de mayo (limitaciones a la movilidad en determinados ayuntamientos –cierre perimetral, toque de queda– y limitaciones a las agrupaciones de personas) y la prórroga de su eficacia y modificación parcial (limitaciones a la movilidad en un ayuntamiento) por el Auto 64/2021, de 25 de mayo<sup>26</sup>.

Así se completa el marco normativo autonómico para preservar la salud pública, garantizando que las decisiones que adopten las autoridades sanitarias se encuentren debidamente justificadas y se articulen mediante un procedimiento legalmente

<sup>24</sup> “... no cabe ingenuidad sobre las muchas dificultades a afrontar. Por una parte, la dificultad de legislar hoy sobre determinadas materias extraordinariamente sofisticadas, o cuajadas de incertidumbres, que obligan incluso a afrontar dilemas morales desconocidos, derivados del progreso tecnológico” (ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I., “Reivindicación de la ley y exigencias consecuentes para el legislador de nuestro tiempo”, *Revista de las Cortes Generales*, n. 110, 2021, p. 89).

<sup>25</sup> En palabras de la catedrática de Santiago, se trata de un factor “copia” que es normal y positivo en un Estado descentralizado (NOGUEIRA LÓPEZ, A., “Vacunación generalizada y estado autonómico”, *El cronista del estado social y democrático de derecho*, n. 93-94, 2021, p. 98).

<sup>26</sup> Han sido objeto de regulación autonómica por norma con rango de ley por las comunidades autónomas:  
– Por la Ley de la Comunidad Autónoma de Aragón 3/2020, de 3 de diciembre, por la que se establece el régimen jurídico de alerta sanitaria para el control de la pandemia COVID-19 de Aragón.  
– E incluso por decretos-leyes, como en la Comunidad Autónoma de Cataluña por el Decreto-ley 27/2020, de 13 de julio, de modificación de la Ley 18/2009, de 22 de octubre, de salud pública y de adopción de medidas urgentes para hacer frente al riesgo de brotes de la COVID-19; o en las Islas Baleares por el Decreto-ley 5/2021, de 7 de mayo, por el que se modifica la Ley 16/2010, de 28 de diciembre, de salud pública de las Illes Balears, y el Decreto-ley 11/2020, de 10 de julio, por el que se establece un régimen sancionador específico para hacer frente a los incumplimientos de las disposiciones dictadas para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la COVID-19.

establecido. Este es el sentido de la necesidad de contar con una mayor densidad normativa en lo que respecta a la articulación de los mecanismos extraordinarios que contempla la legislación sanitaria para tutelar la salud pública ante crisis sanitarias, singularmente en la necesidad de una mayor concreción de las medidas susceptibles de ser adoptadas (en especial, para hacer frente a enfermedades de carácter transmisible) y, desde luego, dentro del ámbito competencial de nuestra comunidad autónoma. Ha afirmado LEPSIUS que para el caso alemán nos encontramos ante una norma aprobada en la sede política, en nuestro caso el Parlamento de Galicia, en la que encontramos las mejores condiciones organizativas para abordar desde un punto de vista normativo los conflictos de derechos fundamentales, pues es donde se negocia y decide públicamente “para que prevalezca la transparencia y puedan intervenir los controles de la sociedad civil”<sup>27</sup>.

Resulta acreditada de manera inequívoca la cobertura normativa de las medidas preventivas preceptuadas en el artículo 38.2 –conforme a la modificación operada en la Ley gallega 8/2021– de la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, y en concreto las medidas que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible. Hay que señalar que esta Ley orgánica 3/1986, y en concreto su artículo tercero, ha de interpretarse conjuntamente con:

- El artículo 26 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, que es básica (art. 2). Así, bajo el presupuesto “de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud”, su artículo 26.1 habilita a las autoridades sanitarias a adoptar resoluciones motivadas que impliquen medidas, además de la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales, “cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas”. En cada caso se fijará la duración de las medidas que pueden ser prorrogadas mientras se dé el presupuesto “de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó” (art. 26.2). Posibilita, por tanto, la adopción de medidas por las autoridades sanitarias en caso de que exista un riesgo inminente y extraordinario para la salud que detalla, así como “cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas”.
- Y el artículo 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública, habilita en general para “adoptar cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley (art. 54.1). Se dispone en concreto –además de la inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias, la intervención de medios materiales o personales, el cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias, la suspensión del ejercicio de actividades– que se podrá adoptar “con carácter general, cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud, incluida la suspensión de actuaciones sanitarias de la ley”.

<sup>27</sup> LEPSIUS, O., “Protección de los derechos fundamentales en la pandemia del coronavirus”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n. 47, 2021, p. 74.

Se dispone que las medidas bajo el principio de proporcionalidad serán por “resolución motivada”, “previa audiencia de los interesados, salvo en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población” y su duración no excederá del tiempo exigido por la situación de riesgo que las motivó. En definitiva, posibilita la adopción de aquellas medidas especiales y cautelares cuando concurren motivos de especial gravedad o urgencia.

Conforme a lo que se acaba de señalar, al legislador autonómico le corresponde concretar el alcance de las medidas preventivas que pueden considerarse necesarias para reducir los riesgos para la salud pública, y muy especialmente para concretar la genérica habilitación de la Ley orgánica 3/1986, con escrupuloso respeto a su núcleo orgánico o condiciones esenciales que deben concurrir para la adopción de las medidas limitativas:

- a. “salud pública” su ámbito material,
- b. “razones sanitarias urgentes y necesarias” su motivación, y
- c. su finalidad: “la protección de la salud pública y la prevención de su pérdida o deterioro”, con especial atención en su artículo tercero a la finalidad de “controlar las enfermedades transmisibles”.

Por estos motivos, cierta indeterminación está justificada para situaciones de grave crisis sanitaria en las que pueden surgir circunstancias imprevistas e imprevisibles que el legislador no puede anticipar y regular con detalle y que requieren una respuesta urgente, para conceder el estricto margen imprescindible de acción a las autoridades sanitarias para que sean ellas –con los límites del principio de proporcionalidad y bajo control judicial– quienes decidan las medidas más oportunas que se deben adoptar ante cada emergencia sanitaria. No es posible que una ley pueda prever todos los supuestos fácticos que pueden acontecer singularmente en situaciones de esta naturaleza. Aun así, las medidas que se consideran necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible se delimitan normativamente con suficientes precisiones, objetivas, subjetivas, especiales, temporales y cualitativas para satisfacer la exigencia de certeza que han de tener los preceptos que fundamentan restricciones o limitaciones puntuales de derechos fundamentales y que delimitan con una precisión mínima el campo de aplicación<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> En este sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su Sentencia 719/2021, de 24 de mayo: «Está claro que el artículo tercero de la Ley orgánica 3/1986, al hablar de las medidas que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible, está circunscribiendo claramente su habilitación a supuestos de enfermedades que entrañan tal peligro. No cabe, pues, hacer uso de ella en cualquier circunstancia sino en una de la gravedad y necesidad que se desprende de su propio enunciado. Hay, pues, una precisión objetiva –la existencia de una enfermedad transmisible– que constituye el contexto en el que ha de situarse el “control de los enfermos”, el de las “personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos” y el “del medio ambiente inmediato”. Según se cuenten los enfermos y quienes han tenido contacto con ellos en unidades, decenas, centenas o millares y el lugar o lugares en que se encuentren, el ámbito subjetivo y espacial de aplicación del precepto se irá extendiendo correlativamente, pero sin que pueda llegar más allá del mismo y convertirse en general. Ahora bien, este artículo, dotado de clara indeterminación final, no puede entenderse separadamente del artículo 26 de la Ley 14/1986, de la que inicialmente formaba parte, y del artículo 54 de la Ley 33/2011, ya que abordan situaciones semejantes y persiguen la misma finalidad de proteger la salud de todos en situaciones en que está en peligro». En el artículo 26 de la Ley 14/1986, sostiene que «nuevamente, nos encontramos con la identificación de un supuesto excepcional –el riesgo inminente extraor-

En este marco y con esta cobertura normativa se encuadra la Ley gallega 8/2021 –como contempla la exposición de motivos–, con la finalidad de recoger, «de manera más concreta y en un mismo precepto, las medidas preventivas que pueden adoptarse por las autoridades sanitarias para la protección de la salud pública, incluidas las limitativas de derechos fundamentales a que se refiere la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, con especial atención a las destinadas al control de enfermedades de carácter transmisible. No se incluye, sin embargo, una enumeración exhaustiva y pormenorizada de medidas, y de ahí que introduzca una cláusula final comprensiva de medidas sanitarias justificadas y necesarias que se consideran adecuadas que permitan la adaptación a las circunstancias del caso, pero no podemos perder de vista que en todo caso las medidas siempre estarán rodeadas de las necesarias garantías –tanto la medida a adoptar como el procedimiento para su adopción, que también se establece por ley– y, además, reforzando la exigencia del principio de proporcionalidad para las medidas limitativas de derechos fundamentales y libertades públicas».

## 5 La técnica normativa de la nueva redacción del artículo 38 de la Ley gallega

Puede afirmarse que el artículo 38 tiene por finalidad recoger de forma más concreta y en un mismo precepto las medidas preventivas que pueden adoptar las autoridades sanitarias para la protección de la salud pública, incluidas las limitativas de derechos fundamentales a que se refiere la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, con especial atención a las destinadas al control de enfermedades de carácter transmisible. Como he tenido ocasión de explicar con carácter general<sup>29</sup>, la reiteración del contenido de la Ley orgánica 3/1986

---

dinario para la salud– y con una habilitación a las autoridades sanitarias, con indicación de actuaciones concretas y, además, con esta otra: “las que se consideren sanitariamente justificadas”. Por tanto, además del contexto de emergencia para la salud, exige la justificación desde el punto de vista sanitario de esas medidas. No es, como no lo es el artículo tercero de la Ley orgánica 3/1986, una cláusula en blanco que apodera a la autoridad sanitaria para cualquier cosa en cualquier momento. Y lo mismo sucede con el artículo 54 de la Ley 33/2011. Este artículo 54 vuelve a circunscribir el supuesto de hecho, siempre de extraordinaria gravedad y urgencia, exige motivación a la Administración, contempla medidas y deja abierta la puerta a otras que no sólo han de ser idóneas para hacer frente a esa emergencia sanitaria, sino que exige que sean temporales y proporcionadas. Por tanto, este conjunto de preceptos ofrece suficientes precisiones, objetivas, subjetivas, espaciales, temporales y cualitativas para satisfacer la exigencia de certeza que han de tener los preceptos que fundamentan restricciones o limitaciones puntuales de derechos fundamentales y en concreto de la libertad de circulación, las cuales, de otro lado, no pueden predeterminarse siempre –ya que no han de excluirse situaciones nunca imaginadas ni, en consecuencia, previstas– y no se alejan los términos recién examinados del parámetro admitido por el Tribunal Constitucional para la tipificación de sanciones, por ejemplo en su Sentencia n. 14/2021. Sin ninguna duda hubiera sido deseable que, en vez de a conceptos indeterminados y cláusulas generales, pudiéramos acudir a una regulación específica para afrontar la pandemia que detallase cuantos extremos fueran susceptibles de precisión para ofrecer la máxima seguridad jurídica. No obstante, no puede preverse todo y tampoco puede decirse que los preceptos examinados adolecen de tal indeterminación que permitan hacer cualquier cosa a las administraciones que los utilicen. Por el contrario, delimitan con una precisión mínima el campo de su aplicación. Y no es una novedad que los tribunales deban extraer del ordenamiento jurídico los criterios para resolver problemas que no han recibido una solución precisa por parte del legislador. Esto significa que será necesario examinar cada medida y valorarla atendiendo a la luz de los criterios extraídos de estos preceptos si cumplen las exigencias de adecuación, necesidad y proporcionalidad. En definitiva, la legislación sanitaria sí autoriza la limitación de la libertad de circulación siempre que se den las condiciones por ella previstas, o sea, las que hemos destacado».

<sup>29</sup> SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., *Cuestiones de derecho estatutario de Galicia*, Guiverny Editorial, Santiago de Compostela, 2016, pp. 48 y ss.



en los apartados a) y b) del artículo 38 de la Ley gallega 8/2021 no es *per se* inconstitucional, pues su finalidad es la mejor inteligibilidad de la norma, permitiendo así que en este precepto en concreto queden perfectamente integradas la normativa orgánica (arts. primero, segundo y tercero de la Ley orgánica 3/1986), por cuanto desarrollan las condiciones esenciales que deben concurrir en la adopción de esas medidas especiales, con la concreción de las medidas autonómicas preventivas que puede adoptar la comunidad autónoma dentro del ámbito de sus competencias y de acuerdo con lo dispuesto en la precitada ley orgánica. Por tanto, la norma reproducida y la que reproduce se encuadran en una materia sobre la que ostentan competencias tanto el Estado como la comunidad autónoma. Además, esa redacción sirve a la inteligibilidad de la norma, por lo demás, que tiene por finalidad que sus destinatarios puedan tener una visión de conjunto de la regulación aplicable y una mejor comprensión de la norma. No se hace para fundamentar la competencia que le atribuye la Constitución y el Estatuto de autonomía de Galicia a nuestra comunidad, sino para una mejor comprensión de las garantías introducidas, para aportar certeza y seguridad jurídica. Por ello, es correcta su reproducción y ajustada a la doctrina del propio Tribunal Constitucional, concretamente en la STC 5/2015, fundamento jurídico 9: *«si la reproducción de normas estatales por leyes autonómicas es ya una técnica peligrosamente abierta a potenciales inconstitucionalidades, esta operación se convierte en ilegítima cuando las comunidades autónomas carecen de toda competencia para legislar sobre una materia (STC 35/1983). (...) cabe distinguir dos supuestos de reproducción de normas estatales por las autonómicas, de los que se derivan consecuencias distintas. El primer supuesto se produce cuando la norma reproducida y la que reproduce se encuadran en una materia sobre la que ostentan competencias tanto el Estado como la comunidad autónoma. El segundo tiene lugar cuando la reproducción se concreta en normas relativas a materias en las que la comunidad autónoma carece de competencias. Pues bien, de acuerdo con la doctrina antes expuesta, mientras que en el segundo la falta de habilitación autonómica debe conducirnos a declarar la inconstitucionalidad de la norma que transcribe la norma estatal (salvo supuestos excepcionales como el aludido en la STC 47/2004, de 25 de marzo), en el primero, al margen de reproches de técnica legislativa, la consecuencia no será siempre la inconstitucionalidad, sino que habrá que estar a los efectos que tal reproducción pueda producir en el caso concreto»*<sup>30</sup>.

El contenido de la Ley orgánica 3/1986 colma la exigencia de contenido mínimo a desarrollar por la ley autonómica, y esta respeta ese ámbito en los términos expuestos en las fundamentaciones anteriores. El nuevo artículo 38.2 de la Ley gallega 8/2021 ha nacido con vocación de garantizar estos derechos en aras de la tutela de la salud pública y, a estos efectos, concreta las medidas preventivas que pueden adoptar las autoridades sanitarias autonómicas, dentro del ámbito de sus competencias, cuando

<sup>30</sup> Y en la STC 25/2017, fundamento jurídico 3: «Es cierto que la doctrina constitucional (por todas, STC 154/2014, de 25 de septiembre) no exige que la ley autonómica reproduzca las reglas básicas. Al contrario, ha sostenido, en su doctrina sobre la *lex repetita*, que la reproducción de normas estatales por leyes autonómicas constituye una deficiente técnica legislativa que sólo resulta admisible en determinadas condiciones»; en concreto cuando la comunidad autónoma ostenta competencia sobre la materia regulada. «... Así pues, la no reiteración literal de la norma básica no puede constituir, *per se*, un motivo de vulneración de la legislación básica, salvo que la omisión se pudiera interpretar inequívocamente como sinónimo de exclusión de dicha regulación, esto es, cuando la hiciera materialmente inaplicable».

lo exijan “razones sanitarias de emergencia o necesidad”, a fin de “controlar las enfermedades transmisibles en particular” y que refiere a las “medidas oportunas” para el control de las “personas enfermas, de las personas que estén o hayan estado en contacto con ellas”, y del “ambiente inmediato”, así como “las que se estimen necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”, además de realizar acciones preventivas generales y de la posible adopción de las medidas preventivas previstas en el apartado 1 de este mismo precepto. Medidas similares a las relacionadas han sido adoptadas por las autoridades estatales y autonómicas no solo durante la vigencia del estado de alarma, sino también no estando vigente el estado de alarma y una vez finalizado el estado de alarma como consecuencia de las necesidades derivadas de la evolución de la situación epidemiológica provocadas por la COVID-19 y previstas en la normativa autonómica<sup>31</sup>.

Las medidas preventivas que se podrán adoptar “en particular” a tenor de lo dispuesto en el artículo 38.2 b de la Ley gallega se enmarcan en las medidas preventivas generales en materia de salud pública, si bien para el supuesto de enfermedades transmisibles, y en este contexto obviamente la salud pública, bien constitucionalmente protegido, justifica el establecimiento de garantías o ciertas modulaciones al ejercicio de derechos fundamentales y libertades, teniendo en cuenta además la íntima conexión con el derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE) y pudiendo también comportar regulaciones del ejercicio seguro de la libertad de circulación y de reunión, reconocida en los artículos 17, 19 y 21 de la Constitución española. Pero estas limitaciones en ningún caso llegan a comportar la suspensión de los derechos fundamentales, ni una restricción generalizada de ellos, sino un tratamiento proporcional a la necesaria preservación de la salud del conjunto de los ciudadanos y

<sup>31</sup> Muestra de ello son las siguientes:

– En el Decreto-ley de la Comunidad Autónoma de Cataluña 27/2020, de 13 de julio, de modificación de la Ley 18/2009, de 22 de octubre, de salud pública y de adopción de medidas urgentes para hacer frente al riesgo de brotes de la COVID-19, por cuanto contempla en su artículo 55 k que: «En situación de pandemia o epidemia declaradas por las autoridades competentes, las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de limitación a la actividad, del desplazamiento de las personas y la prestación de servicios en determinados ámbitos territoriales previstas en el anexo 3, de acuerdo con lo que dispone el artículo 55 bis». En el anexo 3. Medidas a adoptar, en el marco de la COVID-19, dispone que la alerta derivada de la COVID-19 y las resoluciones para controlar la pandemia pueden comprender las siguientes previsiones: medidas de salud pública: entre otras, aislamiento y cuarentena, limitaciones a los desplazamientos territoriales.

– En la Ley de la Comunidad Autónoma de Aragón 3/2020, de 3 de diciembre, por la que se establece el régimen jurídico de alerta sanitaria para el control de la pandemia COVID-19 en Aragón, en vigor hasta que el Gobierno de España declare la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 por cuanto establece, entre otras, la obligación personal de confinamiento en virtud de las resoluciones que pudiera adoptar la autoridad sanitaria o de las actuaciones materiales desarrolladas por los servicios sanitarios para la contención de los brotes epidémicos de la pandemia COVID-19, las personas afectadas tendrán la siguiente obligación personal de confinamiento: a) Obligación de aislamiento, en cuya virtud cualquier contagiado por SARS-CoV-2 permanecerá en el lugar que se le indique, durante el plazo establecido en cada caso, sin posibilidad de desplazarse ni de relacionarse con otras personas. b) Obligación de cuarentena, en cuya virtud cualquier persona o grupo de personas sospechosas de haber sido contagiadas permanecerá en el lugar que se le indique, durante el plazo establecido en cada caso, sin posibilidad de desplazarse ni de relacionarse con otras personas» (art. 6.1). Y el confinamiento por la autoridad sanitaria «en el marco de la legislación estatal y autonómica de sanidad y salud pública, la autoridad sanitaria podrá acordar confinamientos en ámbitos territoriales determinados cuando su valoración de riesgo sanitario derivado de los indicadores o criterios sanitarios, de salud pública o epidemiológicos justifique la adopción de medidas urgentes y necesarias para la salud pública» (art. 35.1).

– Y en el Decreto-ley de la Comunidad Autónoma de las Ilas Baleares 5/2021, de 7 de mayo, por el que se modifica la Ley 16/2010, de 28 de diciembre, de salud pública de las Ilas Baleares, y el Decreto-ley 11/2020, de 10 de julio, por el que se establece un régimen sancionador específico para hacer frente a los incumplimientos de las disposiciones dictadas para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la COVID-19, que establece una regulación de medidas preventivas en situación de pandemia o epidemia similar a la Ley gallega 8/2021.

circunscrito a determinados sectores de actividad, áreas o zonas geográficas limitadas o actividades que propician un especial riesgo de contagio. Se trata de una colaboración entre legislativos que va más allá de la gestión meramente gubernamental de la crisis sanitaria y que supera la inicial actuación exclusivamente estatal, como ha ocurrido también, según CORTESE<sup>32</sup>, en el caso italiano.

Con este régimen normativo, se garantiza el alcance de estas medidas con su regulación “por ley”, normativizando así los límites y garantías que se establecen para su adopción y con un mayor grado de exigencia del requisito de proporcionalidad en el caso particular de las medidas limitativas de derechos fundamentales y libertades públicas como requisito adicional, ofreciendo más garantías para la ciudadanía ante las actuaciones que la Administración autonómica pueda adoptar en una situación de emergencia sanitaria.

Estas medidas, adoptadas en su mayor parte por resoluciones ejecutivas autonómicas fuera de la declaración de alarma y una vez finalizado el estado de alarma, se consideran “necesarias”, en un sentido garantizador de la salud pública colectiva y limitador de derechos, en palabras de DELGADO DEL RINCÓN<sup>33</sup>, y con cobertura en la habilitación de la Ley orgánica 3/1986, interpretada conjuntamente con las leyes estatales 14/1986 (art. 26) y 30/2011 (art. 26), y son las siguientes, que agrupamos para mayor claridad expositiva en:

- Un primer grupo, medidas en relación con las personas “determinables”: personas enfermas, las que estén o hayan estado en contacto con ellas o que presenten síntomas compatibles con la enfermedad transmisible de que se trate o respecto a las cuales existan otros indicios objetivos de que puedan suponer un riesgo de transmisión de la enfermedad. Pues la normativa estatal no limita las medidas adoptables, en función de su carácter individualizable por referencia a una persona o grupo de personas determinables. Son tales:
  - i) Medidas de control de las personas enfermas, como el aislamiento en domicilio, el internamiento en centro hospitalario o el aislamiento o internamiento en otro lugar adecuado para tal fin (1.º) o su sometimiento a tratamiento adecuado (2.º).
  - ii) Medidas de control de las personas que estén o hayan estado en contacto con las personas enfermas, como el sometimiento a una cuarentena en el domicilio o en otro lugar adecuado<sup>34</sup> para tal fin (3.º).

<sup>32</sup> CORTESE, F., “Stato e Regioni alla prova del coronavirus”, *Le Regioni*, n. 48(1), 2020, pp. 3 y ss.

<sup>33</sup> DELGADO DEL RINCÓN, L.E., “Algunas consideraciones sobre el derecho a la protección de la salud y el bien jurídico de la salud colectiva en tiempos de pandemia”, Biglino Campos, M.P. y Durán Alba, J.F. (dirs.), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, p. 398.

<sup>34</sup> El Juzgado de Instrucción número 5 de Palma el 29-6-2021 ha denegado la solicitud de *habeas corpus* presentada por el padre de una menor de la Comunidad de Madrid en un supuesto semejante al descrito en la Ley gallega. En la resolución, la magistrada considera que el caso de la alumna “no puede encuadrarse” en la normativa reguladora del procedimiento de *habeas corpus* porque la menor “no se encuentra detenida por la perpetración de delito alguno”, sino por razones de salud pública. “La actuación de la autoridad administrativa se encuentra dentro del ámbito de su competencia y ha seguido el procedimiento correspondiente para su adopción y ratificación en la jurisdicción contencioso-administrativa”, señala el auto. Por

iii) Y, en relación con las personas que presenten síntomas compatibles con la enfermedad transmisible de que se trate o de personas respecto a las cuales existan otros indicios objetivos de que puedan suponer un riesgo de transmisión de la enfermedad, prevé “el sometimiento a observación o a medidas de vigilancia del estado de salud, a examen médico o a pruebas diagnósticas” que serán lo menos intrusivos o invasivos posibles para lograr, prevenir o contener la propagación de la enfermedad (4.º).

- Un segundo grupo, relativo a las “medidas profilácticas de prevención de la enfermedad”, consistentes en el sometimiento a medidas profilácticas de prevención de la enfermedad, incluida la vacunación o inmunización, con información, en todo caso, de los posibles riesgos relacionados con la adopción o no adopción de estas medidas (5.º), pues, como ha señalado MATÍA PORTILLA, cada persona tiene derecho a establecer las medidas que considere oportunas para su autodeterminación física y psíquica<sup>35</sup>.

La Ley orgánica 3/1986 es la norma habilitante para su adopción en el desarrollo normativo que opera la ley autonómica, respetando la actuación preferentemente voluntaria establecida en la legislación básica. Además, el principio general de autonomía de la voluntad, que preceptúa 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, cede en determinadas situaciones donde es posible realizar intervenciones de salud sin consentimiento de las personas interesadas; una de esas situaciones “es el riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por ley” y, “en todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley orgánica 3/1986, se comunicará a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de persona” (art. 9.2.a). Y así recogido en la Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes (art. 11.2.a)<sup>36</sup>.

---

ello, la magistrada considera “improcedente” la petición y deniega la medida, si bien aclara que el padre de la menor puede pedir medidas cautelarisimas en la jurisdicción contenciosa (AGENCIA EUROPA PRESS, “Los juzgados deniegan los *habeas corpus* solicitados por padres de alumnos aislados en el hotel COVID de Palma”, *Diario La Ley*, 29/6/2021. Acceso web: <https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAMtMSbH1czUwMDAytDAwNTRQK0stKs7Mz7M1AooYmBlZggQyOypd8pNDKgtSbdMSc4pTASRQ0kc1AAAAWKE>, julio de 2021).

<sup>35</sup> La vacunación en España es con carácter general voluntaria y la Ley gallega, respetando este principio de voluntariedad, no establece la vacunación o inmunización obligatoria. No es lo mismo la obligatoriedad de la vacunación que regular los requisitos de la vacunación como una de las medidas preventivas que las autoridades autonómicas pueden adoptar para controlar las enfermedades transmisibles, con la finalidad de asegurar su correcta aplicación a la ciudadanía de Galicia (MATÍA PORTILLA, F.J., “Covid e intimidad”, Biglino Campos, M.P. y Durán Alba, J.F. (dirs.), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021, p. 149).

<sup>36</sup> En esta línea, el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 5 de Granada de 24 de noviembre de 2010, que confirmaba la vacunación forzosa, solicitada por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, por un brote de sarampión en un colegio por la negativa de unos padres a vacunar a sus hijos e hijas, basándose en el artículo 43.2 de la CE y en la Ley orgánica 3/198 por el carácter abierto de estas medidas, exigibles y legitimadas por la defensa de la salud pública. Auto ratificado por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 2393/2013, que se basaba en que “la convivencia en un Estado social y democrático de derecho supone no solo el respeto de los derechos fundamentales a título individual, sino también que su ejercicio no menoscabe el derecho del resto de la sociedad que se rige por unas pautas de conducta que persiguen el interés general”.

En definitiva, la cláusula general de la Ley orgánica 3/1986 cubre la reserva de ley en esta materia, y en su aplicación caben medidas individualizadas y colectivas, siempre y cuando la situación revista la urgencia y necesidad que requiere esta norma y se respete la proporcionalidad estricta aplicable, así como la actuación preferentemente voluntaria requerida en la legislación básica. Además, la propia Ley gallega 8/2021 establece en este sentido que “se procurará siempre con preferencia la colaboración voluntaria de las personas afectadas con la autoridad sanitaria” (art. 38 ter.b). Y con todas las garantías preceptuadas en el artículo 38 ter para el supuesto de que la situación de salud pública lo exija, incluidas las judiciales. UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO<sup>37</sup> se muestra contraria, pero la vacunación como medida adoptable es una medida de salud pública, con incidencia directa en la salud pública, por las consecuencias que puede acarrear en la salud en general ese posible transmisor, ya que la persona enferma es un agente transmisor o puede serlo y ello afecta a la colectividad. Prima, por lo tanto, el interés colectivo sobre el individual. Como conclusión, la Ley gallega recoge así la vacunación como una de las posibles medidas adoptables por las autoridades sanitarias gallegas. No impone en ningún caso la obligatoriedad de la vacunación.

– Un tercer grupo, relativo al “entorno inmediato y a las zonas afectadas”: las medidas de control del entorno inmediato de las personas enfermas o de las personas que estén o hayan estado en contacto con ellas, así como de las zonas afectadas, que detalla en el número 6, de acuerdo con los principios de precaución y proporcionalidad, y que podrán consistir, entre otras, en:

- i) limitación o restricción de la circulación o movilidad de las personas,
- ii) control de la entrada o salida de la zona afectada,
- iii) restricciones a las agrupaciones de personas,
- iv) cribado.

Asimismo, delimita estas restricciones a los desplazamientos y agrupaciones de personas que “nunca podrán ser absolutas”. Dentro de este grupo, es interesante reseñar el acotamiento de las medidas limitativas o restrictivas de la circulación o de entrada y salida de las zonas afectadas, así como el respeto a las competencias estatales en relación con el derecho de reunión en las restricciones a las agrupaciones de personas. En esta línea, el Consejo de Estado, en el dictamen 213/2021, de 22 de marzo, emitido en relación con el recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley gallega 8/2021, precisa que:

- i) La limitación o restricción de la circulación o de entrada y salida de las zonas afectadas (art. 38.2.b.6.º i e ii), aunque «no está expresamente recogida en la

<sup>37</sup> UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, D., “Spain: Compulsory vaccination possibly constitutional, probably not this way”, *LexAtlas: Covid-19. Blog Symposium on Mandatory Vaccination*, 3/05/2021. Acceso web: <https://lexatlas-c19.org/compulsory-vaccination-in-spain-possibly-constitutional-probably-not-this-way/> (julio de 2021).

Ley orgánica 3/1986, es indudablemente una de las medidas oportunas (...) a que se refiere su artículo 3 (...). La Ley 8/2008 de salud de Galicia acota las medidas de restricción, limitación de la circulación al “entorno inmediato” de los enfermos y las “zonas afectadas” por la enfermedad, en los términos previstos por la Ley orgánica 3/1986. No contempla la adopción de medidas de limitación o restricción de circulación de un alcance más general, que serían propias, por su mayor grado de afectación de los derechos fundamentales y libertades públicas, de la declaración del estado de alarma».

- ii) Y, en relación con las restricciones a las agrupaciones de personas (art. 38.2.b.6.º iii), precisa que «la Ley 8/2008 de salud de Galicia deja en todo caso a salvo las competencias estatales en orden a la eventual prohibición de las reuniones en tránsito público, las manifestaciones, cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes, de conformidad con el artículo 21 de la Ley orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión»<sup>38</sup>.

Por lo demás, todas estas medidas adoptadas para situación de pandemia ocasionada por la COVID-19 han demostrado su eficacia para la prevención de la salud, individual y colectiva, que es su fin primordial, como han constatado informes científicos y los datos facilitados por Estado y comunidades autónomas y que previamente se han aplicado con respeto a las competencias descentralizadas en países como el Reino Unido<sup>39</sup>.

– Y un cuarto grupo, que se integra por la cláusula final abierta, comprensiva de aquellas otras medidas sanitarias justificadas y necesarias que, de acuerdo con los riesgos y circunstancias en cada caso concurrentes, se estimen adecuadas para impedir o controlar la propagación de la enfermedad, en función del estado de la ciencia y del conocimiento existente en cada momento, siempre con sujeción a los criterios y principios establecidos en la presente ley y, en particular, de acuerdo con el principio de proporcionalidad (7.ª).

Cláusula final abierta que justifica la exposición de motivos para permitir la adaptación a las circunstancias del caso, necesarias, como nos ha demostrado la situación actual con la pandemia de la COVID-19, si bien debe tratarse en todo caso de medidas rodeadas de las necesarias garantías, pues ello podría dificultar su fin primordial, que es la tutela de la salud pública y siempre con sujeción a los criterios y principios

<sup>38</sup> Además, en relación con las limitaciones puntuales de la libertad de circulación, el Tribunal Supremo, en la reciente Sentencia 719/2021, de 21 de mayo, resuelve, entre otros extremos, que: «El artículo tercero de la Ley orgánica 3/1986 ha de interpretarse conjuntamente con los artículos 26 de la Ley 14/1986 y 54 de la Ley 33/2011, y, así entendido, autoriza limitaciones puntuales de la libertad de circulación siempre que la Administración:

(i) Acredite la existencia de una enfermedad transmisible grave que ponga en peligro la salud y la vida de las personas;  
(ii) Justifique que esa limitación es imprescindible para impedir dicha transmisión por no haber otros medios eficaces para lograrlo;  
(iii) Determine en función del número de enfermos y de su localización la extensión subjetiva y territorial de la limitación;  
(iv) Que fije fundadamente el tiempo indispensable en que ha de mantenerse la limitación para impedir la difusión de la enfermedad». Y que “en definitiva la legislación sanitaria sí autoriza la limitación de la libertad de circulación siempre que se den estas condiciones”.

<sup>39</sup> Acceso web: <https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainers/coronavirus-and-devolution> (julio de 2021).

establecidos en esta ley especialmente con el principio de proporcionalidad estricta. Estas garantías de concreción de las medidas preventivas con las garantías procedimentales requeridas para su adopción preceptuadas en el artículo 38 ter, sin perjuicio de la necesaria garantía judicial con arreglo a lo dispuesto en la legislación procesal aplicable, en todo caso serán medidas temporales, de duración determinada, que se fijará en cada caso de acuerdo con lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario<sup>40</sup>.

El procedimiento de adopción es respetuoso con las previsiones de la normativa estatal aplicable (arts. 26.2 de la Ley 14/1986, y 54.3 de la Ley 33/2011), y en él se establecen –como explicita la exposición de motivos de la Ley gallega– «las garantías fundamentales de motivación, publicación, en su caso, cuando las medidas afecten a una pluralidad indeterminada de personas, y audiencia, si la medida afecta a una o varias personas determinadas, siempre que ello sea posible, garantizándose, si no lo fuese, su realización en un momento posterior. También se alude, entre otras cuestiones, al principio de precaución, que posibilitará la lícita adopción de las medidas cuando se ajusten a una adecuada evaluación del riesgo según la información disponible en ese momento. Se contemplan, asimismo, otros requisitos de importancia como la temporalidad de las medidas o la necesaria información a la población afectada. Junto a ello, se impone expresamente como límite absoluto el respeto a la dignidad de la persona y se contempla una serie de reglas sobre las medidas de posible adopción, como la relativa a que deben ser lo menos intrusivas e invasivas posible para lograr el objeto de salud pública, inspiradas también en lo dispuesto en el Reglamento sanitario internacional. Se contemplan, asimismo, siguiendo la línea de lo ya indicado en la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, las reglas de preferencia por la colaboración voluntaria de las personas afectadas con las autoridades sanitarias, la prohibición de adopción de medidas obligatorias que conlleven riesgo para la vida y el mandato de que se utilicen las medidas que menos perjudiquen la libertad de circulación de las personas y de los bienes, la libertad de empresa y cualquier otro derecho afectado, junto con el necesario respeto al principio de proporcionalidad».

De este procedimiento, que en el caso alemán es admitido por PAPIER<sup>41</sup> bajo estrictos condicionamientos, destacamos en el caso particular de medidas limitativas de derechos fundamentales y libertades públicas un mayor grado de exigencia del requisito de proporcionalidad previsto en la adopción de medidas preventivas generales, con arreglo a los tres subprincipios que, conforme reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, integran este principio (idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta), siendo preceptiva su “justificación de manera expresa en la motivación” de las medidas, en los siguientes términos:

<sup>40</sup> Se significa además el mayor grado de exigencia del requisito de proporcionalidad en el caso particular de medidas limitativas de derechos fundamentales y libertades públicas. Con carácter general, estas medidas se adoptarán con “la urgencia” que el caso requiera y “con independencia de las medidas provisionales que pudieran adoptarse de acuerdo con la legislación vigente en el seno de un procedimiento administrativo o con anterioridad a su iniciación”, ya que estas últimas, las medidas provisionales, se conectan a un procedimiento administrativo.

<sup>41</sup> Solo si la ley es definida y clara aquellos sometidos a ella pueden respetar sus mandatos. PAPIER, H.-J., “Umgang mit der Corona-Pandemie: Verfassungsrechtliche Perspektiven”, *Bundeszentrale für politische Bildung*, 21/08/2020. Acceso web: <https://www.bpb.de/apuz/314341/verfassungsrechtliche-perspektiven> (julio de 2021).

- 1) Que las medidas sean adecuadas, en el sentido de útiles, para conseguir el fin propuesto de protección de la salud pública.
- 2) Que las medidas sean necesarias, en el sentido de que no exista otra medida alternativa menos gravosa para la consecución de dicho fin con igual eficacia.
- 3) Que las medidas sean ponderadas o equilibradas por derivarse de ellas más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, en atención a la gravedad de la injerencia en los derechos fundamentales y libertades públicas y las circunstancias personales de quienes la sufren.

Por último, y no menos importante, añade que “la adopción de estas medidas requerirá la necesaria garantía judicial con arreglo a lo dispuesto en la legislación procesal aplicable”, que obviamente, como he tenido ocasión de estudiar en otro lugar, será competencia exclusiva de las Cortes Generales<sup>42</sup>.

La constitucionalidad de la Ley gallega se ve respaldada por el principio de conservación de la norma y, por ende, de interpretación de todo el ordenamiento conforme a la Constitución. Es doctrina constante del Tribunal Constitucional que la validez de la ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución (STC 108/1986), de manera que será preciso explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, “ya que, si hubiese alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución, (...) resultaría procedente un pronunciamiento interpretativo de acuerdo con la exigencia del principio de conservación de la Ley” (STC 202/2003, FJ 6).

Resulta digno de ponderar el hecho de que un legislativo autonómico haya legislado para garantizar los derechos de los ciudadanos y limitar el ejercicio de las potestades administrativas, pues como ha señalado la doctrina es un aspecto que está en la esencia del parlamentarismo y que favorece la efectividad de los derechos fundamentales por las virtudes que aporta a la regulación su tramitación parlamentaria<sup>43</sup>. En su día he afirmado que el carácter esencialmente normativo antes citado que tiene nuestra constitución pone particular interés en remarcar el control del poder político<sup>44</sup>. Se ha dicho que una suerte de desconfianza hacia el poder político subyace en la redacción que los constituyentes quisieron dar a ciertos preceptos de la carta magna. Quizá ideas semejantes son las que ha tenido en cuenta el legislador

<sup>42</sup> SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “La casación civil autonómica. Nuevos criterios para su pleno desarrollo”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 2, 2004, pp. 1.307-1.320.

<sup>43</sup> Así, NIEMBRO ORTEGA: “La legitimidad de las reglas emitidas por el Parlamento atiende a su producción en un procedimiento legislativo que se pueda considerar racional, es decir, en el que se asegure que todas las cuestiones, temas y contribuciones relevantes puedan hacerse oír, se aborden y elaboren en discursos y negociaciones sobre la base de las mejores informaciones y razones posibles” (NIEMBRO ORTEGA, R., *La argumentación constitucional de la Suprema Corte. A diez años de la reforma de derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2021, p. 34).

<sup>44</sup> SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “El Debate Constituyente”, *Revista Digital de la Asamblea Legislativa*, n. 4, 2003, p. 15. Aspecto, por otro lado, que ya apuntó con buen criterio el Estatuto de Galicia de 1936 cuando afirmó la superioridad parlamentaria sobre el poder ejecutivo, como incluyo en: SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “A Arquitectura Xurídica do Estatuto do 1936 á vista da Hermenéutica do século XXI”, *1936. O estatuto esquecido*, Editorial Guiverny, Santiago de Compostela, 2016.



gallego cuando ha sido el primero en establecer un marco legal de aseguramiento de sus ciudadanos que impida la arbitrariedad del Ejecutivo al establecer unos límites de actuación en garantía de la efectividad del derecho fundamental a la salud.

## Bibliografía

- AGENCIA EUROPA PRESS, “Los juzgados deniegan los *habeas corpus* solicitados por padres de alumnos aislados en el hotel COVID de Palma”, *Diario La Ley*, 29/6/2021.
- ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I., “Reivindicación de la ley y exigencias consecuentes para el legislador de nuestro tiempo”, *Revista de las Cortes Generales*, n. 110, 2021.
- BELLIDO ASPAS, M., “La pandemia Covid-19 como elemento acelerador de la modernización de la justicia española”, *elderecho.com Noticias jurídicas y actualidad*, 21/06/2021.
- CORTESE, F., “Stato e Regioni alla prova del coronavirus”, *Le Regioni*, n. 48(1), 2020.
- COTINO HUESO, L. “La (in)constitucionalidad de las restricciones y suspensión de la libertad de circulación por el confinamiento frente a la covid”, Garrido López, C. (coord.), *Excepcionalidad y Derecho: el estado de alarma en España*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021. <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC21.0004>.
- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., “Estado autonómico y lucha contra la pandemia”, Biglino Campos, M.P. y Durán Alba, J.F. (dirs.), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.
- DELGADO DEL RINCÓN, L.E., “Algunas consideraciones sobre el derecho a la protección de la salud y el bien jurídico de la salud colectiva en tiempos de pandemia”, Biglino Campos, M.P. y Durán Alba, J.F. (dirs.), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.
- GÓMEZ CORONA, E., “La desparlamentarización del sistema político español. De parlamentarismo excesivamente racionalizado a un Parlamento diluido”, *Revista de Derecho Político*, n. 111, 2021. <https://doi.org/10.5944/rdp.111.2021.31058>.
- LEPSIUS, O., “Protección de los derechos fundamentales en la pandemia del coronavirus”, *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n. 47, 2021.
- MATÍA PORTILLA, F.J., “Covid e intimidad”, Biglino Campos, M.P. y Durán Alba, J.F. (dirs.), *Los efectos horizontales de la Covid-19 sobre el sistema constitucional: estudios sobre la primera oleada*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2021.
- MUÑOZ MACHADO, S., *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995.
- NEKIT, K., “Restrictions of Private Property Right in Terms of the Covid-19 Pandemic: The Experience of the US, UK and Ukraine”, *The Age of Human Rights Journal*, n. 16, 2021. <https://doi.org/10.17561/tahrj.v16.6275>.

regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

- NIEMBRO ORTEGA, R., *La argumentación constitucional de la Suprema Corte. A diez años de la reforma de derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2021.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A., “Vacunación generalizada y estado autonómico”, *El cronista del estado social y democrático de derecho*, n. 93-94, 2021.
- PAPIER, H.-J., “Umgang mit der Corona-Pandemie: Verfassungsrechtliche Perspektiven”, *Bundeszentrale für politische Bildung*, 21/08/2020.
- PENDÁS GARCÍA, B. (ed. lit.), *Enciclopedia de las Ciencias Morales y Políticas para el siglo XXI. Ciencias Políticas y Jurídicas (con especial referencia a la sociedad poscovid 19)*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas: Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.
- PRESNO LINERA, M., <https://twitter.com/PresnoLinera/status/1409759851014729728>.
- RUBIO NÚÑEZ, R., MARAÑÓN MARTÍN, L. y GONZALO ROZAS, M.A., “¿Existe el lobby ciudadano? Una experiencia de participación en el congreso de los diputados”, *Revista de las Cortes Generales*, n. 110, 2021. <https://doi.org/10.33426/rcg/2021/110/1573>.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “El debate constituyente”, *Revista Digital de la Asamblea Legislativa*, n. 4, 2003.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., *O Estatuto de Galicia: 20 anos de parlamento e xustiza constitucionais*, Edicións Xerais de Galicia, Vigo, 2003.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “La ordenación farmacéutica a la luz de la STC 152/2003 de 17 de Julio”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 3, 2003.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “La casación civil autonómica. Nuevos criterios para su pleno desarrollo”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 2, 2004.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “Las decisiones constituyentes y su revisión tras XXV años de jurisprudencia y vida constitucional”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 2, 2004.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “O estado social e democrático de dereito e as súas proxeccións parlamentarias no caso galego”, *REGAP: Revista Galega de Administración Pública*, vol. 1, n. 39, 2005.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “Significado y alcance de la técnica normativa”, *Revista Debate. Revista de la Asamblea Nacional de Panamá*, n. 15, 2008.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., *Manual de Dereito Constitucional. Prácticas para un estudo comprensivo da materia*, Universidade de Vigo. Servizo de Publicacións, Vigo, 2010.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “Administración pública, Constitución e protección Medio Ambiental en España”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, n. 1, 2011.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., *Cuestións de dereito estatutario de Galicia*, Guiverny Editorial, Santiago de Compostela, 2016.

- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “A Arquitectura Xurídica do Estatuto do 1936 á vista da Hermenéutica do século XXI”, 1936. *O estatuto esquecido*, Editorial Guiverny, Santiago de Compostela, 2016.
- SARMIENTO MÉNDEZ, X.A., “COVID-19. Una visión desde el Parlamento de Galicia y su administración electoral”, *Corts. Anuari de dret parlamentari*, n. 34, mayo 2021.
- SOLDEVILA FRAGOSO, S., “El confinamiento general no supone un arresto domiciliario. Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto Cristian-Vasile Terhes”, *Actualidad Administrativa*, n. 7-8, 2021.
- TOLOSA TRIBIÑO, C., “Problemas legales de la vacunación en España”, *Diario La Ley*, n. 9784, Sección Tribuna, 2021.
- UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO, D., “Spain: Compulsory vaccination possibly constitutional, probably not this way”, *Lex-Atlas: Covid-19. Blog Symposium on Mandatory Vaccination*, 3/05/2021.

Regap



COMENTARIOS Y CRÓNICAS

