

DERECHOS FUNDAMENTALES DURANTE LA PANDEMIA DE LA COVID-19¹

FUNDAMENTAL RIGHTS DURING THE COVID-19 PANDEMIC

Francisca Ramón Fernández
Profesora titular de Derecho civil
Universitat Politècnica de València (España)

Fecha de recepción: 30 de diciembre de 2021.

Fecha de aceptación: 25 de marzo de 2022.

RESUMEN

Se analiza el cumplimiento de los derechos fundamentales durante el periodo de pandemia en España, y la incidencia en la población respecto al derecho a la salud y los recursos sanitarios. También se atenderá a los pronunciamientos de la jurisprudencia sobre la oportunidad de la declaración del estado de alarma, así como las consecuencias en la población.

ABSTRACT

It analyzes the fulfillment of fundamental rights during the period of the pandemic in Spain, and the impact on the population regarding the right to health and health resources. It will also take into account the pronouncements of case law on the appropriateness of the declaration of the state of alarm, as well as the consequences in the population

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i «Retos investigación» del Programa estatal de I+D+i orientado a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades RTI2018-097354-B-100 (2019-2022), y Proyecto de I+D+i Retos MICINN (PID2019-108710RB-I00, 2020-2022), y Grupo de Investigación de Excelencia Generalitat Valenciana “Algorithmical Law” (Proyecto Prometeu 2021/009, 2021-2024).

PALABRAS CLAVE

Derechos fundamentales; Constitución española; pandemia; COVID-19; jurisprudencia.

KEYWORDS

Fundamental rights; Spanish Constitution; pandemic; COVID-19; jurisprudence.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: PANDEMIA Y ESTADO DE ALARMA. 2. DERECHO A LA VIDA Y A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DURANTE LA COVID-19. 3. SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. 4. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD. 5. DERECHO A LA VIDA Y SU CORRECTA INTERPRETACIÓN. 6. DIVERSOS CONFLICTOS DE DERECHOS A PROPÓSITO DE LA SITUACIÓN DE LA PANDEMIA. 7. ESTADO DE ALARMA Y DERECHOS FUNDAMENTALES. 8. MEDIDAS ADOPTADAS DURANTE LA PANDEMIA: SU OPORTUNIDAD Y CONSIDERACIÓN. 9. POSTURA DE LA JURISPRUDENCIA: SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON EL ESTADO DE ALARMA. 10. CONCLUSIONES. 11. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY

1. INTRODUCTION: PANDEMIC AND STATE OF ALARM. 2. RIGHT TO LIFE AND PROTECTION OF HEALTH AT COVID-19. 3. SUSPENSION OF RIGHTS AND FREEDOMS. 4. RIGHT TO HEALTH PROTECTION. 5. RIGHT TO LIFE AND ITS CORRECT INTERPRETATION. 6. VARIOUS CONFLICTS OF RIGHTS CONCERNING THE SITUATION OF THE PANDEMIC. 7. STATE OF ALARM AND FUNDAMENTAL RIGHTS. 8. MEASURES TAKEN DURING THE PANDEMIC: THEIR TIMING AND CONSIDERATION. 9. POSITION OF CASE LAW: JUDGEMENTS OF THE CONSTITUTIONAL COURT IN RELATION TO THE STATE OF ALARM. 10. CONCLUSIONS. 11. BIBLIOGRAPHY.

1. INTRODUCCIÓN: PANDEMIA Y ESTADO DE ALARMA

La declaración del estado de alarma se regula, tal y como indica el artículo 116 de la Constitución española por una ley orgánica, que se encarga de regular tanto el estado de alarma, excepción y sitio, así como las competencias y limitaciones correspondientes. Esta norma es la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados

de alarma, excepción y sitio.² En España, el estado de alarma fue decretado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.³ Este estado de alarma fue prorrogado en diversas ocasiones, y fue motivado por una situación de emergencia de salud pública por la pandemia que se produjo a nivel mundial.⁴

Así, podemos citar la siguiente normativa que se aprobó con la finalidad de adoptar medidas durante la pandemia: Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19⁵; Real Decreto 476/2020, de 27 de marzo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID 19;⁶ Real Decreto 487/2020, de 10 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19;⁷ Real Decreto 492/2020, de 24 de abril, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19;⁸ Real Decreto 514/2020, de 8 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19;⁹ Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19;¹⁰ Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara

² BOE núm. 134, de 5 de junio de 1981, págs. 12541-12543. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-12774> [fecha de consulta: 07 de diciembre de 2021].

³ BOE núm. 67, de 14 de marzo de 2020, págs. 25390-25400. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-3692> [fecha de consulta: 07 de diciembre de 2021].

⁴ SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio: “Reflexiones constitucionales desde el confinamiento”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. Extra 12, 2, 2020, págs. 16-23. Disponible en: http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/05/1._Remedio_S%C3%A1nchez_pp._16-23.pdf [fecha de consulta: 08 de diciembre de 2021].

⁵ BOE núm. 73, de 18 de marzo de 2020, págs. 25944-25945. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-3828> [fecha de consulta: 07 de diciembre de 2021].

⁶ BOE núm. 86, de 28 de marzo de 2020, págs. 27560 a 27561. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-4155> [fecha de consulta: 07 de diciembre de 2021].

⁷ BOE núm. 101, de 11 de abril de 2020, págs. 28858 a 28861. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-4413> [fecha de consulta: 07 de diciembre de 2021].

⁸ BOE núm. 115, de 25 de abril de 2020, págs. 30287 a 30294. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-4652> [fecha de consulta: 07 de diciembre de 2021].

⁹ BOE núm. 129, de 9 de mayo de 2020, págs. 31952 a 31960. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-4902> [fecha de consulta: 07 de diciembre de 2021].

¹⁰ BOE núm. 145, de 23 de mayo de 2020, págs. 34001-34011. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-5243> [fecha de consulta: 07 de diciembre de 2021].

el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19;¹¹ Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para responder ante situaciones de especial riesgo por transmisión no controlada de infecciones causadas por el SARS-CoV-2;¹² Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2;¹³ Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2¹⁴, y Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.¹⁵

En este estudio vamos a analizar el cumplimiento de distintos derechos fundamentales durante dicho periodo, y la postura de la jurisprudencia tras la interposición de distintos recursos de inconstitucionalidad.

2. DERECHO A LA VIDA Y A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DURANTE LA COVID-19

Durante el estado de alarma se adoptaron distintas medidas. Derechos como el derecho a la vida y la protección de la salud se discute si han sido vulnerados. Las restricciones que se establecieron a determinados derechos y las medidas que limitaron la actividad de la vida diaria se adoptaron para la protección de la salud de las personas que se encontraban en situación de crisis sanitaria.

No obstante, en el caso de los colectivos vulnerables (infancia, tercera edad, víctimas de violencia de género) se han visto afectados y es preciso determinar la relación entre la protección de la salud y el derecho a la vida, y si han supuesto o no una suspensión de sus derechos constitucionales.

3. SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES

Los derechos reconocidos en los artículos siguientes de la Constitución española: 17 (derecho a la libertad y seguridad), 18, apartados 2 y 3 (inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones), artículos 19 (derecho a libre elección de residencia y circulación) y 20 ,

¹¹ BOE núm. 159, de 06 de junio de 2020, págs. 38027-38036. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-5767> [fecha de consulta: 07 de diciembre de 2021].

¹² BOE núm. 268, de 09 de octubre de 2020, págs. 86909-86915. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-12109> [fecha de consulta: 07 de diciembre de 2021].

¹³ BOE núm. 282, de 25 de octubre de 2020, págs. 91912-91919. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-12898> [fecha de consulta: 07 de diciembre de 2021].

¹⁴ BOE núm. 291, de 04 de noviembre de 2020, págs. 95841-95845. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2020-13494> [fecha de consulta: 07 de diciembre de 2021].

¹⁵ BOE núm. 107, de 05 de mayo de 2021, págs. 53407-53431. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-7351> [fecha de consulta: 07 de diciembre de 2021].

apartado 1, a) (y d) (derecho a la libertad de expresión, y derecho a comunicar o recibir libremente la información veraz) y 5 (secuestro publicaciones, grabaciones y medios de información en virtud de resolución judicial), artículo 21 (derecho de reunión), artículo 28 (derecho de huelga), artículo 37, apartado 2 (derecho trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo), podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio.¹⁶

4. DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

En el Título I, “De los derechos y deberes fundamentales”, en el Capítulo Segundo, que se refieren a “Derechos y libertades”, en la Sección 2ª. relativa a “De los Derechos y deberes de los ciudadanos”, se reconoce el derecho a la protección de la salud. Se indica que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto, y que los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.¹⁷

Este precepto no se detiene en los colectivos vulnerables (tercera edad, menores, inmigrantes, personas que sufren violencia de género). Se considera como un Derecho inclusivo (todos, sin excepción).

El derecho a la protección de la salud dispone de un contenido específico y mínimo, estableciendo unas garantías para las prestaciones de salud que se traducen en el acceso, calidad, oportunidad y costo. Hay que diferenciar el derecho a la salud y el derecho a la protección de la salud. La protección de la salud desde el prisma constitucional se entiende desde una doble óptica: como un bien común o social y como un bien individual de especial relevancia. Su contenido se entiende como el derecho de toda persona para disfrutar del bienestar tanto físico, mental como social, y ello conlleva una disponibilidad, accesibilidad y calidad de los bienes y servicios relacionados con la salud de una forma igualitaria y sin discriminación.

5. DERECHO A LA VIDA Y SU CORRECTA INTERPRETACIÓN

El derecho a la protección de la salud también se pone en relación con el derecho a la vida. Es decir, si esa protección que se contempla en el texto constitucional español

¹⁶ Más ampliamente: COTINO HUESO, Lorenzo: “Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus: Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria”, *Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86- 87, 2020, págs. 88-101. Disponible en: <http://www.elcronista.es/El-Cronista-n%C3%BAmero-86-87-Coronavirus.pdf> [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2021]; TAJADURA TEJADA, Javier: “El Estado de Derecho frente al COVID: reserva de ley y derechos fundamentales”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, núm. 120, 2021, págs. 137-175. Disponible en: <https://apps.euskadi.eus/z16-a5app2/es/t59auUdaWar/R2/verArticulo?numejem=120&tipo=R&seccion=38&correlativo=1&contenido=4&locale=es> [fecha de consulta: 08 de diciembre de 2021].

¹⁷ Se puede ver más ampliamente en: RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca: “El derecho a la vida y a la protección de la salud en las medidas adoptadas en España como consecuencia de la covid-19. Una reflexión sobre su oportunidad”, *Estudios Constitucionales*, vol. 18, núm. 2, págs. 51-86. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v18n2/0718-5200-estconst-18-02-51.pdf> [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2021].

significa que el Estado tiene la obligación de conceder lo esencial para mantener la vida de sus ciudadanos.

El artículo 15 de la Constitución Española, que se encuentra dentro del Título I, “De los derechos y deberes constitucionales”, en el Capítulo Segundo, “Derechos y libertades”, dentro de la sección 1ª, referente a “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, se recoge el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral. Nos encontramos ante un derecho de la personalidad o fundamental, con una protección especial como tales derechos que son. El derecho a la vida se debe interpretar como que nadie nos puede privar de forma arbitraria de la misma. Sin embargo, no se admite la consideración de que ese derecho a la vida se trate de un derecho absoluto con una obligación positiva estatal de garantizar el mantenimiento de la misma

6. DIVERSOS CONFLICTOS DE DERECHOS A PROPÓSITO DE LA SITUACIÓN DE LA PANDEMIA

Si bien es cierto que el derecho a la vida no puede ser limitado ni restringido, ni aplicarse ningún tipo de discriminación. En los casos de emergencias por una crisis en las que los recursos han escaseado, sí que se ha limitado. Se ha aplicado el principio de salvar al mayor número de personas que tuvieran mayor esperanza de vida. Ello ha supuesto un conflicto social muy importante, que ha derivado en procedimientos judiciales

7. ESTADO DE ALARMA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

En dicha situación, se adoptan una serie de medidas, limitadas temporalmente, que se consideren como indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad, y deben aplicarse proporcionalmente a las circunstancias. Y las medidas que se han adoptado han afectado al derecho a la protección de la salud

La proporcionalidad de las medidas que se adopten debe ir en consonancia con el sacrificio que supone su adopción y no sólo en el ámbito de los derechos de los ciudadanos, aunque el origen del principio es la protección de los derechos de los particulares, sino también en el ámbito de las competencias, por lo que pueden adoptarse por el ejecutivo medidas en estado de alarma sobre cualquier materia

8. MEDIDAS ADOPTADAS DURANTE LA PANDEMIA: SU OPORTUNIDAD Y CONSIDERACIÓN

Estas medidas preventivas que se han adoptado han sido el aislamiento (separando a las personas infectadas por el virus, para evitar el contagio del resto, teniendo en cuenta las circunstancias, sintomatología y estado de salud, pueden ser aisladas en centros médicos o bien en el domicilio); la cuarentena (limitando la libertad de movimientos de la población tanto asintomática como de la que ha estado expuesta a un portador del virus, para evitar el riesgo de contagio y controlar los focos); el rastreo de portadores (para seguir la trazabilidad del virus y evitar el contagio); la restricción laboral (en los casos de actividad no esencial, con la misma finalidad).

Vemos que las medidas adoptadas eran restrictivas de la libre circulación de personas, y se justificaban en la necesidad de evitar una propagación de la enfermedad que conllevara también el colapso del sistema público de salud. Nos planteamos si las medidas adoptadas durante la crisis sanitaria han contemplado y no han infringido el

derecho a la vida y a la protección de la salud. Una de las consecuencias que se ha producido durante la pandemia ha sido el alto número de fallecimientos. Un gran número ha sido de personas de avanzada edad y colectivos vulnerables. Los motivos, entre otros, han sido la falta de una atención médica y sanitaria por el colapso de los servicios hospitalarios

Ello se pone en relación con el derecho a la vida, ya que esa falta de asistencia derivada de una gestión deficitaria de los recursos públicos determina que haya habido una selección de los individuos a la hora de acceder al tratamiento y a la hospitalización

9. POSTURA DE LA JURISPRUDENCIA: SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN CON EL ESTADO DE ALARMA

Respecto al Primer estado de alarma, hay que indicar la Sentencia 148/2021, de 14 de julio de 2021. Pleno. Recurso de inconstitucionalidad 2054-2020. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados en relación con diversos preceptos del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19; el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, por el que se modificó el anterior; los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril, y 492/2020, de 24 de abril, por los que se prorrogó el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, y la Orden SND/298/2020, de 29 de marzo, por la que se establecieron medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres para limitar la propagación y el contagio por el COVID-19. Estado de alarma: nulidad parcial de los preceptos que restringen la libertad de circulación y habilitan al ministro de Sanidad para variar las medidas de contención en establecimientos y actividades económicas; inadmisión del recurso en relación con la orden ministerial. Se formularon a dicha sentencia distintos votos particulares.¹⁸

Se declara la inconstitucionalidad de las medidas previstas en los apartados 1, 3 y 5 del art. 7 del Real Decreto, que vulneran el derecho fundamental a circular libremente por todo el territorio nacional, el derecho a elegir libremente residencia (art. 19 CE) y el derecho de reunión pacífica y sin armas (art. 21.1 CE). El Tribunal se limita a constatar que las constricciones extraordinarias a la libertad de circulación, residencia y reunión, que impuso el art. 7, aún orientadas a la protección de valores e intereses constitucionalmente relevantes y ajustadas a las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, exceden el alcance que al estado de alarma reconocen la Constitución y la Ley Orgánica a la que remite su art. 116.1.

En cuanto al Segundo estado de alarma, la Sentencia 183/2021, de 27 de octubre, Pleno indicó que lo que merece censura constitucional no es la duración de la prórroga, por sí sola y sin más, sino el carácter no razonable o infundado, visto el Acuerdo adoptado por el Parlamento en su conjunto, de la decisión por la que se fijó tal plazo.

¹⁸ Véase: COTINO HUESO, Lorenzo: "La (in) constitucionalidad de las restricciones y suspensión de la libertad de circulación por el confinamiento frente a la covid", *Excepcionalidad y derecho: el estado de alarma en España*, GARRIDO LÓPEZ, Carlos (coord.), Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Madrid, 2021, págs. 159-195. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?querysDismax.DOCUMENTAL_TODO=%22estado+de+alarma%22%22covid%22®istrosPorPagina=20&camposOrdenacion=%7BDOCUMENTAL_SORT_ANYOPUB%3DDESC%7D [fecha de consulta: 08 de diciembre de 2021].

Por tanto, la determinación temporal de aquella prórroga de seis meses se realizó de un modo por entero inconsistente con el sentido constitucional que es propio del acto de autorización y sin coherencia alguna, incluso, con las razones que el Gobierno hizo valer para instar la prórroga finalmente concedida. Además, la prórroga fue autorizada cuando las medidas limitativas de derechos incluidos en la solicitud no iban a ser aplicadas inmediatamente por el Gobierno, pues se supeditaba su puesta en práctica a lo que los presidentes de las Comunidades Autónomas así lo decidieran, por lo que aquella autorización se dio sin saber qué medidas se iban a aplicar para combatir la pandemia.

10. CONCLUSIONES

La equiparación entre los derechos a la salud y la vida no están contemplados en la Constitución española. No se indica en el texto constitucional que se tenga un derecho a la salud, en el sentido de que no enfermamos, sino que si leemos el artículo 43, lo que sí que tenemos es un derecho a la protección a la salud, un derecho a que se proteja nuestra salud, pero no un derecho a la salud en un sentido absoluto. Esta interpretación a *sensu contrario* llevaría a considerar como un derecho garantista de evitación de enfermedades y otras patologías, que no se contempla en la Carta Magna.

No obstante, lo que sí hemos observado es la aparición de conflictos entre estos dos derechos, el de protección de la salud y el derecho a la vida, ya que la protección de la salud se ha priorizado en determinados casos, y de esa protección ha dependido la vida de los sujetos. Es decir, se ha mermado el derecho a la vida, por una falta de protección de nuestro derecho a la protección de la salud. Ello es debido también a la falta de una estructura sanitaria adecuada para la adopción de medidas oportunas y coherentes. Ello ha conllevado que el acceso de los recursos en el ámbito de la salud se hayan discriminado y ha existido una falta de distribución equitativa de los mismos. Una de las razones ha sido la falta de una legislación adecuada y suficiente para hacer frente a una situación como la vivida, totalmente inesperada, y que ha supuesto la cribación de los medios existentes. La consecuencia ha sido el fallecimiento de los colectivos más vulnerables, especialmente personas de edad avanzadas y/o con patologías previas que dificultaban la supervivencia ante la pandemia.

Las distintas normas aprobadas durante el transcurso de la pandemia tampoco han cumplido con las expectativas sociales, ya que no han resultado coherentes, y han mostrado lagunas interpretativas, y dificultades de concreción para su adopción. Actualmente, en un periodo transitorio en el que nos encontramos, con un escenario totalmente diferente (iniciado el periodo de vacunación, con un alto índice de personas inmunizadas, incluso con la tercera dosis de la vacuna), la situación plantea otro tipo de conflictos, como es el caso del pasaporte COVID.

En el caso de la Comunitat Valenciana, y previa consulta, por su afección a derechos fundamentales, se sometió a autorización judicial la implantación del pasaporte COVID. Así, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana, por Auto 479/2021, de 29 de noviembre, de 2021, estableció «autorizar las medidas adoptadas en la resolución de 25 de noviembre de 2021, de la consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se acuerdan medidas en materia de salud pública respecto del acceso a determinados establecimientos en el ámbito de la Comunidad Valenciana, como consecuencia de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19; ello por un período de tiempo de treinta días naturales a computar

desde las 00.00 horas del día siguiente a su publicación en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana».

Tras dicho pronunciamiento del citado Tribunal, por Resolución de 1 de diciembre de 2021, de la consellera de Sanidad Universal y Salud Pública¹⁹, se publica la Resolución de 25 de noviembre de 2021, de la consellera de Sanidad Universal y Salud Pública, por la que se acuerdan medidas en materia de salud pública respecto del acceso a determinados establecimientos en el ámbito de la Comunitat Valenciana, como consecuencia de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la Covid-19.

Estas medidas suponen la aplicación de un principio precautorio o cautelar ante la incidencia de los casos de Covid en la Comunitat Valenciana, y teniendo en cuenta que son medidas de carácter temporal, ya que estará vigente por un periodo de treinta días naturales.

Esta medida de implantación del pasaporte Covid en la Comunitat Valenciana se considera como adecuada para evitar una retroacción a situaciones anteriores que pudieran implicar una mayor restricción. Resulta proporcionada y equilibrada, ya que se obtienen más beneficios que perjuicios sobre otros derechos que puedan entrar en conflicto. Como señala el informe, «Esta medida no afecta a toda la población sino a aquella que accede a los establecimientos de mayor riesgo de contagio sin pretender en ningún momento un control de sus clientes; no obliga a la vacunación, dado que las personas tienen diferentes vías de acreditar su situación respecto a la infección y por último consideramos que puede tener un efecto indirecto beneficioso, ya que, posiblemente, comportará un incremento de la vacunación en aquella población más reticente a vacunarse. Por ello, entendemos que esta medida es proporcional al beneficio que supone por cuanto va a redundar en la minimización del riesgo de contagio y permite compatibilizar la actividad de estos sectores manteniendo un nivel elevado de protección de la salud».

Además, hay que tener en cuenta lo indicado en el Reglamento (UE) 2021/953, del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2021 relativo a un marco para la expedición, verificación y aceptación de certificados COVID-19 interoperables de vacunación, de prueba diagnóstica y de recuperación (certificado COVID digital de la UE) a fin de facilitar la libre circulación durante la pandemia de COVID-19²⁰, en su considerando 13) dispone que: «Si bien el presente Reglamento se entiende sin perjuicio de la responsabilidad de los Estados miembros para imponer restricciones a la libre circulación, de conformidad con el Derecho de la Unión, a fin de limitar la propagación del SARS-CoV-2, debe ayudar a facilitar la supresión gradual de dichas restricciones de modo coordinado siempre que sea posible, de conformidad con la Recomendación (UE) 2020/1475. Dichas restricciones podrían no aplicarse, en particular, a las personas vacunadas, según el principio de cautela, en la medida en que los datos científicos sobre los efectos de la vacunación contra la COVID-19 son cada vez más accesibles y

¹⁹ DOGV núm. 9229, de 03 de diciembre de 2021, págs.. 50051-5059. Disponible en: https://dogv.gva.es/datos/2021/12/03/pdf/2021_12224.pdf [fecha de consulta: 07 de diciembre de 2021].

²⁰ DOUE núm.211, de 15 de junio de 2021, págs. 1 a 22. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2021-80782> [fecha de consulta: 07 de diciembre de 2021].

sistemáticamente concluyentes en relación con la interrupción de confirman la cadena de transmisión».

Las distintas normas que fueron aprobada durante el estado de alarma también adolecían de lagunas y ausencia de medidas concretas. Posteriormente fueron aprobadas normas para atender a los colectivos más vulnerables. Tal y como se ha realizado actualmente con la implantación del pasaporte COVID, se tendrían que haber implementado medidas adecuadas de carácter cautelar o de precaución para haber evitado el avance de la pandemia, y ello también hubiera sido beneficioso para evitar adoptar otras medidas que suponen una mayor restricción de los derechos de los ciudadanos.

11. BIBLIOGRAFÍA

COTINO HUESO, Lorenzo: “Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus: Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria”, *Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86- 87, 2020, págs. 88-101. Disponible en: <http://www.elcronista.es/El-Cronista-n%C3%BAmero-86-87-Coronavirus.pdf> [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2021].

COTINO HUESO, Lorenzo: “La (in) constitucionalidad de las restricciones y suspensión de la libertad de circulación por el confinamiento frente a la covid”, *Excepcionalidad y derecho: el estado de alarma en España*, GARRIDO LÓPEZ, Carlos (coord.), Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, Madrid, 2021, págs. 159-195. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?querryDismax.DOCUMENTAL_TODO=%22estado+de+alarma%22%22covid%22®istrosPorPagina=20&camposOrdenacion=%7BDOCUMENTAL_SORT_ANYOPUB%3DDESC%7D [fecha de consulta: 08 de diciembre de 2021].

RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca: “El derecho a la vida y a la protección de la salud en las medidas adoptadas en España como consecuencia de la covid-19. Una reflexión sobre su oportunidad”, *Estudios Constitucionales*, vol. 18, núm. 2, págs. 51-86. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v18n2/0718-5200-estconst-18-02-51.pdf> [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2021].

SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio: “Reflexiones constitucionales desde el confinamiento”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. Extra 12, 2, 2020, págs. 16-23. Disponible en: http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/05/1_Remedio_S%C3%A1nchez_pp.16-23.pdf [fecha de consulta: 08 de diciembre de 2021].

TAJADURA TEJADA, Javier: “El Estado de Derecho frente al COVID: reserva de ley y derechos fundamentales”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardulararitzako Euskal Aldizkaria*, núm. 120, 2021, págs. 137-175. Disponible en: <https://apps.euskadi.eus/z16-a5app2/es/t59auUdaWar/R2/verArticulo?numejem=120&tipo=R&seccion=38&correlativo=1&contenido=4&locale=es> [fecha de consulta: 08 de diciembre de 2021].