

## ESBÓS D'UNA LLEI DE PANDÈMIES: ALGUNES IDEES PRELIMINARS<sup>1</sup>

Laura Salamero Teixidó

César Cierco Seira

*Universitat de Lleida*

ORCID 0000-0003-2539-298X

*laura.salamero@udl.cat*

ORCID 0000-0002-8455-7919

### Resum

El treball es divideix en dos blocs. D'una banda, es presenten algunes reflexions al voltant dels possibles continguts que hauria d'incorporar una norma d'aquestes característiques —una llei de pandèmies—. Aquí el discurs s'ordena en el sentit d'establir uns eixos vertebradors de la intervenció pública que vagin des de la determinació i gradació dels supòsits de fet que autoritzen l'actuació de les administracions públiques fins a l'establiment d'un catàleg de les mesures que poden adoptar-se i la concreció de les autoritats competents per a fer-ho, entre d'altres. D'altra banda, el segon bloc s'ocupa del que podria qualificar-se com a «qüestions d'encaix». Així, es planteja el fonament competencial perquè es dicti una norma estatal en aquesta matèria, la naturalesa que hauria de tenir —ordinària o orgànica— i la seva conjugació amb el dret d'excepció i amb altres normes que regulen situacions d'emergència. Finalment, l'article es tanca amb unes breus reflexions a mode de conclusions.

**Paraules clau:** pandèmia, COVID-19, legislació, salut pública, emergència, dret públic, seguretat jurídica.

### OUTLINE OF A PANDEMIC LAW: SOME PRELIMINARY IDEAS

### Summary

The work is divided into two blocks. On the one hand, there are some reflections on the possible contents that a rule of this nature should incorporate —a pandemic law—. Here the

1. Aquest treball forma part del projecte de recerca «Salud Pública en transformación: desinformación, alimentación y cambio climático (proyecto SPenT)», finançat pel Ministeri d'Innovació i Ciència (referència: PID2019-107212RA-I00) i la investigadora principal del qual és la Dra. Laura Salamero Teixidó.

discourse is ordered in the sense of establishing the backbones of public intervention that range from the determination and gradation of the assumptions of fact that authorize the action of public administrations to the establishment of a catalog of measures that may be adopted and the specification of the competent authorities to do so, among others. On the other hand, the second block deals with what could be described as «lace issues». Thus, the basis of competence is raised so that a state norm in this matter is dictated, the nature that should have —ordinary or orgànic— and its conjugation with the right of exception and with other norms that regulate situations of emergency. Finally, the article closes with a few brief reflections.

**Keywords:** pandemic, COVID-19, legislation, public health, emergency, public law, legal security.

## BOCETO DE UNA LEY DE PANDEMIAS: ALGUNAS IDEAS PRELIMINARES

### Resumen

El trabajo se divide en dos bloques. Por un lado, se presentan algunas reflexiones en torno a los posibles contenidos que debería incorporar una norma de estas características —una ley de pandemias—. Aquí el discurso se ordena en el sentido de establecer unos ejes vertebradores de la intervención pública que vayan desde la determinación y gradación de los supuestos de hecho que autorizan la actuación de las administraciones públicas hasta el establecimiento de un catálogo de las medidas que pueden adoptarse y la concreción de las autoridades competentes para ello, entre otros. Por otra parte, el segundo bloque se ocupa de lo que podría calificarse como «cuestiones de encaje». Así, se plantea el fundamento competencial para que se dicte una norma estatal en esta materia, la naturaleza que debería tener —ordinaria u orgánica— y su conjugación con el derecho de excepción y con otras normas que regulan situaciones de emergencia. Por último, el artículo se cierra con unas breves reflexiones a modo de conclusiones.

**Palabras clave:** pandemia, COVID-19, legislación, salud pública, emergencia, derecho público, seguridad jurídica.

## ESQUISSE D'UNE LOI PANDÉMIQUE: QUELQUES IDÉES PRÉLIMINAIRES

### Résumé

Le travail est divisé en deux blocs. D'une part, il y a quelques réflexions sur le contenu possible qu'une règle de cette nature devrait intégrer —une loi pandémique—. Ici, le discours s'ordonne dans le sens d'établir les ossatures de l'intervention publique qui vont de la détermination et gradation des hypothèses de fait qui autorisent l'action des administrations publiques, à l'établissement d'un catalogue de mesures pouvant être adoptées et la spécification

des autorités compétentes à le faire, entre autres. D'autre part, le deuxième bloc traite de ce que l'on pourrait qualifier de «problèmes de dentelle». Ainsi, la base de compétence est soulevée pour qu'une norme étatique en la matière soit dictée, la nature qui devrait avoir —ordinaire ou organiques— et sa conjugaison avec le droit d'exception et avec d'autres normes qui régissent les situations d'urgence. Enfin, l'article se termine par quelques brèves réflexions.

**Mots clés:** pandémie, COVID-19, législation, santé publique, urgence, droit public, sécurité juridique.

## PRESENTACIÓ

Ens sentim agraïts i afortunats de poder participar en aquest primer número dels *Quaderns Francesc Eiximenis*, de la Societat Catalana d'Estudis Jurídics (SCEJ). Encetar un projecte de divulgació científica com és una revista no és una tasca fàcil, especialment quan l'horitzó que es fixa és tan ambiciós. El mateix nom dels *Quaderns* així ho indica en referir l'autor medieval Francesc Eiximenis. Com se sap, Eiximenis fou un escriptor franciscà que va produir bona part de la seva obra en català, amb la qual cosa afavoria la lectura dels seus textos entre la majoria de la població, la qual no coneixia la llengua habitualment emprada llavors per a la divulgació del coneixement: el llatí. No tenim cap dubte que aquests *Quaderns* contribuiran també a la divulgació del dret públic, com Eiximenis ho feu de la teologia i la moral, tot sumant-se a la tasca de la resta de revistes que ja impulsa la SCEJ.

Era necessari inaugurar els *Quaderns* amb un número dedicat a la gestió de la COVID-19 des de la perspectiva del dret públic. Podria semblar el contrari, perquè des que a inicis del 2020 es va declarar la pandèmia, s'han escrit rius de tinta sobre la matèria. Tanmateix, tenim el convenciment que encara queden moltes coses per pensar i escriure sobre el tema. Precisament, el breu treball que presentem s'allunya dels grans debats en què s'ha mogut la majoria de la doctrina *publicista* fins ara —en particular, la confrontació entre el dret d'excepció i el dret ordinari— i aborda altres qüestions que ens permetem qualificar de *més pragmàtiques*. Així, en les ratlles que venen a continuació mirem d'ordenar i condensar algunes de les idees sorgides arran de la reflexió sobre la necessitat de tenir una llei de pandèmies per a fer front de la millor manera a situacions d'emergència i necessitat com la viscuda.<sup>2</sup>

2. Recull de manera meticulosa i ordenada el que s'ha escrit respecte a aquesta qüestió en els darrers mesos Gabriel DOMÈNECH PASCUAL, «Dogmatismo contra pragmatismo. Dos maneras de ver las restricciones de derechos fundamentales con ocasión de la COVID-19», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4 (2021). Vegeu també José María BAÑO LEÓN, «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 209 (2020), p. 11-22; Santiago MUÑOZ MACHADO, «El poder y la peste de 2020», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 90-91 (2020-2021), p. 114-131; Josefa CANTERO MARTÍNEZ, «La intervención administrativa en los derechos fundamentales de las personas por motivos de salud pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 210 (2021), p. 79-124; Vicente ÁLVAREZ GARCÍA, «Los errores de diseño del derecho de necesidad para la lucha contra las pandemias y algunas claves para su

D'entrada hem de dir que, malgrat que ens referim a una «lleï de pandèmies», perquè el sintagma resulta violat i n'aprofitem la força expressiva, pensem en realitat en una norma que sigui capaç d'oferir la seguretat jurídica necessària en el marc de situacions d'emergència i necessitat per a la salut pública, ja siguin fruit d'una malaltia transmissible, ja ho siguin d'una catàstrofe natural o d'un accident nuclear, per a posar només alguns exemples possibles. Així doncs, al marge del nom de la norma, en aquest treball presentem el que poden ser algunes de les claus per a una regulació ordinària —és a dir, al marge del dret extraordinari— de les situacions d'emergència i necessitat per a la salut pública.

Aquest esbós d'una lleï de pandèmies no arrenca de zero. Pren com a punt de partida les normes que ja s'ocupen de la qüestió, encara que de manera prou rudimentària —com ja se sap, ens referim a la Llei 14/1986, del 25 d'abril, general de sanitat (LGS), la Llei 33/2011, del 4 d'octubre, general de salut pública (LGSP), la Llei orgànica 3/1986, del 14 d'abril, de mesures especials en matèria de salut pública (LOMESP), i la Llei 16/2003, del 28 de maig, de cohesió i qualitat del sistema nacional de salut (LCQSNS)—, així com algunes que s'han anat adoptant en el context pandèmic. També tenim en consideració la normativa autonòmica d'aplicació. Com es veurà, en particular s'incorporen al discurs les normes que alguns parlaments autonòmics han aprovat per a fer front a la COVID-19, val a dir, davant de la pràctica inacció del parlament estatal.

## 1. ESBÓS DELS PRINCIPALS CONTINGUTS D'UNA LLEI DE PANDÈMIES

### 1.1. EL PUNT DE PARTIDA: LA FORMALITZACIÓ DEL SUPÒSIT DE FET

#### 1.1.1. *L'objecte d'una lleï de pandèmies*

Ja s'ha dit que hem optat per fer servir el sintagma «lleï de pandèmies» per a aprofitar la seva força expressiva, però som conscients, en tot cas, que una de les premisses fonamentals —la principal, de fet— rau a precisar-ne l'objecte.

Dues, d'entrada, són les opcions possibles. La primera és circumscriure la causa a les malalties transmissibles com a desencadenants d'una crisi o una emergència de salut pública. La segona, per contra, posa l'èmfasi en l'efecte, en aquesta crisi o emergència, i deixa oberta la porta a un altre tipus d'amenaques, més enllà de les malalties transmissibles, susceptibles d'impactar directament en la salut pública. Aparentment, aquesta última opció sembla més envolupant del moment que sabem perfectament que moltes crisis sanitàries poden ser degudes a factors que no tenen res a veure amb el contagi —per exemple, accidents greus en fàbriques o fenòmens naturals—; i després hi ha allò imprevisible, de manera que deixar oberta la causa

---

reordenación futura», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 58 (2021); Carlos VIDAL PRADO, «Herramientas jurídicas frente a situaciones de emergencia sanitaria. ¿Hasta dónde se pueden limitar derechos sin recurrir a la excepcionalidad constitucional?», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 48 (2021), p. 265-296.

a l'estil d'una emergència de salut pública o amenaça de salut pública es correspon més amb el signe d'uns temps d'ensurts. Tot i així, té l'inconvenient de poder topar amb problemes d'interconnexió sectorial —amb la normativa de protecció civil, seguretat nacional, etc.—, sense descomptar el risc de desdibuixar el *quid proprium* que la malaltia comporta a l'hora d'articular una resposta. Per les mateixes raons —només cal capgirar-les—, tampoc l'opció d'una llei basada en la malaltia transmissible no està lliure de problemes.

Ambdues opcions són, ben apurada la cosa, plausibles. Al final, poden pesar més l'enfocament i l'escenari de partida pel que fa al grau d'evolució, per exemple, de certs àmbits afins, com ara la protecció civil. En tot cas, tant si s'opta per una llei d'epidèmies com per una llei d'emergències de salut pública, la clau és articular a consciència les remissions, aplicar-se a fer les soldadures.

### 1.1.2. *La previsió de diferents nivells d'alerta*

De quin nivell de gravetat parlem? La gravetat en el camp de la salut pública constitueix un paràmetre esquiú com pocs. Naturalment, ens referim a episodis d'ordre extraordinari, és a dir, a una qualitat de greu superior a la que ja és connatural i concedim correntment als temes de salut pública. Igualment, ha de reunir un cert grau d'imminència. No es tracta, doncs, de fer front a mitjà o llarg termini a problemes que formarien part de l'agenda de la salut pública: al·ludim a contingències que exigeixen una resposta immediata. Una altra cosa és que aquesta resposta es pugui perllongar després en el temps.

En efecte, en les darreres dècades, l'estudi de la caracterització d'aquest tipus de riscos ha estat presidida per l'empremta de la incertesa i la seva translació a l'àmbit jurídic per l'eclosió del principi de precaució. El bagatge acumulat, també en l'ordre jurídic, ja és molt sòlid i, sens dubte, s'assumeix sense estridències que els riscos poden aparèixer com a embolicats en dubtes i que caldrà reaccionar-hi segons la intel·ligència moderna de la cautela i precaució. El que potser no ha estat tan present en aquesta cavil·lació sobre el caire de la prevenció en els nostres dies és que les amenaces, a més de ser incertes, poden arrelar i perllongar-se durant anys. I això altera enormement el plantejament perquè, comunament, la resposta a una emergència de salut pública s'ha concebut sempre com una cosa passatgera.

D'altra banda, cal notar que la gravetat exigida com a *prius* lògic pot alhora oscil·lar, és a dir, es pot graduar. Graus de gravetat dins la gravetat. Cal reparar-hi per tal d'organitzar la resposta eventual des de molts punts de vista. Tinguem en compte que també el catàleg de mesures admet a l'interior ingerències desiguals quant a intensitat. És lògic, per tant, que ens interessem a establir correlacions oportunes. Però és que, a més, acabem de referir-nos a l'eventualitat que la crisi de salut pública perduri i exigeixi no sols aturar-la, sinó també embridar-la pacientment —fer surf sobre les onades, segons aquesta imatge tan estesa—. Per això la matèria es presta a la ideació de diferents escenaris —nivells d'alerta— d'acord amb un conjunt d'indicadors i criteris de valoració del risc, epidemiològics i d'altres ordres. Aquest plantejament es troba reflectit en el Reglament sanitari internacional i aquest senyal ha estat seguit per alguns legisladors autonòmics en la seva legislació pandèmica.

No hi ha coincidència, això sí, en el nombre de nivells d'alerta: tres a l'Aragó, quatre a les Canàries, cinc al País Basc. La ideació d'aquests estadis no pretén, per descomptat, generar compartiments rígids i estancs, sinó que cerca més aviat ordenar i fer visible la idea de progressió i aquesta escala de gravetat a què ens referim. Això permet, alhora, establir una correlació amb la duresa de la resposta del poder públic, que reserva les mesures més dràstiques per als pitjors estadis, i facilitar la successió i l'alternança a propòsit d'emergències que es perllonguen en el temps, ja que permet que certes mesures puguin modular-se en el contingut en funció de la variació dels indicadors.

Abunden en el nostre ordenament jurídic els sintagmes utilitzats per a retratar la gravetat. Així, la Llei de cohesió i qualitat del sistema nacional de salut fa referència a les «situacions d'especial risc o alarma per a la salut pública» (art. 65). La Llei orgànica de mesures especials en matèria de salut pública descansa sobre la presència de «raons sanitàries d'urgència o necessitat» (art. 1). Per la seva banda, la Llei orgànica dels estats d'alarma, excepció i setge fa referència a les «crisis sanitàries, com ara epidèmies» (art. 4). Risc especial, alarma, crisi sanitària. Tots són termes expressius i vàlids per a invocar la gravetat. Ara bé, allotjats sense més ni més en un text escrit, resulta difícil —com la realitat ha demostrat entre nosaltres— intentar fer distincions i traçar línies gruixudes de separació. I no es veu que es pugui guanyar gaire més en concreció a còpia d'adjectivar o mudar altres termes com el d'*amenança* o semblants. Tampoc l'al·lusió a una epidèmia o a una pandèmia resulta suficientment precisa per a captar la gravetat de la situació. Potser ho pugui semblar en l'imaginari col·loquial, però el cert és que, tècnicament —*id est*: com ens ensenya l'epidemiologia—, hi ha moltes epidèmies i fins i tot pandèmies en sentit estricte que cauen molt lluny d'allò que aquí ens ocupa.

A aquest problema, s'hi ha enfrontat també la legislació autonòmica de pandèmies. Sense restar mèrit al propòsit, que inclou fins i tot algun assaig de definició legal,<sup>3</sup> no sembla que en cap cas s'hagi trobat la fórmula. De manera que, al final, justament per l'absència d'una solució convincent, s'ha acabat imposant una estètica diferencial, el resultat de la qual complica encara més l'escenari afegint sintagmes i adjectius a la llista (*situació d'emergència per crisi sanitària, alerta sanitària...*) o emfatitzant els rètols (Consell d'Alertes de Salut Pública d'Alt Impacte).

En definitiva, cal que la gravetat tingui un context, i la millor manera de donar-l'hi és formalitzar-ne declaració. Això vol dir que si l'objecte de la llei queda definit només a través d'una fórmula, fins i tot acompanyada d'acotacions en el text, les vacil·lacions continuaran estant presents per la pròpia vaguetat que impregna aquest tipus de termes i per la proximitat amb altres clàusules similars que puguin sortir al nostre encontre.

3. Com el que trobem en la Llei asturiana: «Se entiende por emergencia por crisis sanitaria aquella situación extraordinaria que, representando un grave riesgo para la salud pública, requiera la adopción de acciones y medidas con repercusión transversal, a nivel sanitario, económico y/o social, que afecten al conjunto de la población de la Comunidad Autónoma» (art. 79 bis.1 de la Llei 7/2019, del 29 de març, de salut, segons la modificació operada per la Llei 2/2021, del 30 de juny).

### 1.1.3. La declaració formal d'inici i de finalització de la situació de pandèmia

Convé, doncs, a més de perfilar-ne els contorns, formalitzar la declaració de la situació de pandèmia i dotar-la d'un procediment.

De moment, la formalització de l'inici —i del final— de l'emergència permet enquadrar la conjuntura, cosa que, no cal explicar-ho, reforça la seguretat jurídica. És ben curiós, en aquest sentit, que l'anomenada *Llei de nova normalitat* hagi començat pel final, a la manera d'un *flashforward*, formalitzant la fi de la pandèmia: «[...] hasta que el Gobierno declare de manera motivada y de acuerdo con la evidencia científica disponible, previo informe del Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias, la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19».<sup>4</sup> És interessant notar, així mateix, que aquesta declaració del Govern ha d'estar precedida, a banda de la motivació i l'informe tècnic previ, per la consulta a les comunitats autònomes:

El Gobierno consultará a las comunidades autónomas en el seno del Consejo Interterritorial del sistema nacional de salud con carácter previo a la finalización de la situación de crisis sanitaria a que se refiere el párrafo anterior.

El final de la crisi del coronavirus l'ha de declarar formalment, doncs, el Govern. Un plantejament similar hauria d'adoptar la llei de pandèmies respecte de l'inici, sense descomptar la possibilitat de declaracions per diferents autoritats d'acord amb una escala d'afectació territorial de l'amenaça.

De fet, això és precisament el que trobem en alguna llei autonòmica de pandèmies. Destaca en aquest sentit el cas asturià i l'articulació que fa en la seva llei de la declaració de situació d'emergència per crisi sanitària.<sup>5</sup> S'assenyala que adoptarà la forma d'acord del Consell de Govern i se'n regulen diferents extrems: la proposta, el contingut mínim i, fins i tot, l'eventualitat que el conseller actuï provisionalment.

En tot cas, l'activació quedaria supeditada a un supòsit de fet que, en lloc de quedar en mans del criteri de l'aplicador de torn i pendent de l'exegesi de les paraules, apareixeria constatat, declarat formalment per l'autoritat competent.

Com s'acaba de veure, la procedimentalització pot servir per a assegurar la dosi necessària de coneixement de causa i, fins i tot, de conjugació competencial. Certament, la tramitació ha d'estar en consonància amb la flexibilitat que reclama la urgència del trànsit i ha de comptar amb l'eventual substanciació *ex post* de certs tràmits o amb l'ús de tècniques ideades també per a allò inajornable, com la confirmació, la convalidació o la ratificació. Però això no és obstacle perquè es pugui introduir un *minimum* d'exigència en la formació inicial de la declaració o en el seu últim perfeccionament. De la mateixa manera, en donar cos

4. Arg. *ex art.* 2.3 Llei 2/2021, del 29 de març, de mesures urgents de prevenció, contenció i coordinació per a fer front a la crisi sanitària ocasionada pel COVID-19.

5. Vegeu-ne l'art. 79 bis («Declaración de situación de emergencia por crisis sanitaria»).

a l'activació es podrien establir les connexions oportunes: connexions cap a dins en termes de proposta o de gradació de l'abast del brot (local, regional...), i —cal no oblidar-ho— connexions cap a fora, singularment amb les emergències de salut pública d'importància internacional acordades en el marc del Reglament sanitari internacional.

Finalment, cal afegir que la forma pot facilitar l'assimilació de les mesures més incisives. En certa manera, podríem parlar d'una correspondència inercial entre la gravetat de la ingerència i el rigor de les formes. Per això l'activació d'un marc *ad solemnitatem*, amb efectes constitutius per al desplegament d'una bateria de mesures, segur que en beneficiarà l'aplicació efectiva —s'ha activat el «joc», sabem com de dures poden ser les seves «regles»— i, al capdavant, el control judicial si arriba el cas.

## 2.2. ALGUNES CONSIDERACIONS SOBRE LA COMPLEXA I PROFUNDA DIMENSIÓ ORGANITZATIVA D'UNA LLEI DE PANDÈMIES

### 2.2.1. *Cohonestar el pla científic i el polític. El coneixement expert que nodreix la presa de decisions i la seva institucionalització convenient*

Com ensenya la teorització del cicle o de la gestió del risc, és forçós conjugar allò polític amb allò científic, sempre, és clar, defugint el joc buit de les remissions i apel·lacions al que diuen els experts, que, sense substància al darrere, pot sonar a fórmula d'estil amb què disfressar o distreure responsabilitats.<sup>6</sup> El coneixement expert, més en escenaris d'incertesa, si bé no és sinònim de garantia plena en l'encert de les decisions adoptades per les autoritats, pot contribuir decisivament a apuntalar-ne la legitimitat. Però, perquè això sigui així, cal que aquest coneixement expert revesteixi una sèrie de qualitats, entre les quals hi ha la d'expressar-se d'una manera institucionalitzada. No és que es reclami una sola veu dogmàtica o que s'ignori la discrepància natural en la creació del coneixement científic: el que es vol dir és que el coneixement ha d'arribar als òrgans decisoris des de fòrums i mitjançant vies cognoscibles i, en la mesura que es pugui, previsibles.<sup>7</sup> La qual cosa, al capdavant, està íntimament connectada amb la creació i posada en funcionament d'un centre o una agència de salut pública el paper de la qual hauria de figurar clarament en la llei de pandèmies, en sintonia amb la rellevància de la seva comesa.

Disposar d'un centre o una agència de salut pública serviria per a subministrar al Consell Interterritorial del Sistema Nacional de Salut i, en general, al Govern, la informació científica apropiada per a prendre decisions. Però, a més, permetria crear un lloc de refe-

6. N'adverteix amb lucidesa José ESTEVE PARDO, «La apelación a la ciencia en el gobierno y la gestión de la Covid-19», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 2 (2020), p. 35-50.

7. Com raona Esteve Pardo, cal que el coneixement científic emprat reuneixi una certa dosi d'institucionalització per a legitimar la seva pròpia producció. Aquesta dosi d'institucionalització implica la presència de certes regles, de certs cànons d'actuació —transparència, entre d'altres (José ESTEVE PARDO, «La apelación a la ciencia», p. 47-48).



rència científica fonamental per a altres poders. Que jutges i tribunals s'hagin vist no poques vegades en la necessitat de buscar com guanyar-se la vida per a fonamentar científicament les seves resolucions, extraient informació de pàgines web d'organismes internacionals, revela un forat intolerable que cal emplenar. També l'assessorament del poder legislatiu agrairia una revisió a fons.<sup>8</sup> En tot cas, la via, així més dúctil, de l'agència especialitzada sembla més apropiada que la de la simple creació espontània de comitès d'experts o similars, que és la que ha estat protagonista. Tot i que alguna llei autonòmica s'ha afanyat a estatuir la figura dels «grups de treball», dotant-la d'una regulació mínima,<sup>9</sup> entenem que convé elevar el to de la institucionalització, sens perjudici que, dins aquest marc estable, hi hagi després espai, és clar, per als ajustaments que cada conjuntura aconselli.<sup>10</sup>

### 2.2.2. *El desfasament del concepte d'autoritat sanitària com a catalitzador principal en l'atribució de la potestat de resposta pandèmica*

El concepte d'*autoritat sanitària* ha estat tradicionalment nuclear a l'hora de determinar internament, dins de cada Administració, els vèrtexs en l'exercici de l'autoritat, seguint, d'altra banda, el camí marcat per la mateixa Llei orgànica de mesures especials, que en fa l'aplicació a les autoritats sanitàries.

El concepte, malgrat que és la clau dels apoderaments més intensos a què un subjecte pot accedir, és orfe de tota referència substantiva, de manera que, sense guia, cada legislador, tant estatal com autonòmic, l'ha manejat amb total llibertat, cosa que ha donat lloc a algunes atribucions, com a mínim, xocants. En general, s'ha projectat una imatge de l'emergència de salut pública de caires molt vuitcentistes: una concepció de la resposta pandèmica a la manera d'una potestat que s'ha d'atribuir forçosament en bloc. Aquest ha estat l'enfocament sense solució de continuïtat. Així, investir els alcaldes com a autoritat sanitària *tout court* —al mateix nivell que el ministre o el conseller del ram sanitari— no es correspon amb la capacitat real de gestió d'una emergència de salut pública d'un ajuntament corrent —en termes de recursos professionals—, per més que la proximitat municipal exigeixi amb raó una capacitat de xoc molt alta. S'entremesclen, en realitat, la resposta de xoc davant un episodi que irromp amb la de resposta pandèmica, que modernament és una cosa diferent, més complexa i molt més àmplia en la seva plena significació. Aleshores, sembla clar que no s'hauria d'utilitzar l'autoritat sanitària com a concepte vertebrador del poder en la llei de

8. Vegeu, publicat recentment, Javier de LUCAS, «Variaciones sobre un tópico weberiano. Acerca del lugar de la ciencia en la decisión política», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 111 (2021), p. 75-96.

9. Vegeu l'art. 78.5 («Asesoramiento y consulta») de la Llei 8/2008, del 10 de juliol, de salut de Galícia, després de la modificació operada per la Llei 8/2021, del 25 de febrer.

10. Seguint la posició d'Esteve Pardo, «es necesario marcar con mayor rigor el perfil institucional y el procedimental, estableciendo unas mínimas pautas, para dotar de mayor cobertura y legitimidad las regulaciones y decisiones de los órganos políticos y administrativos en su conexión con el estamento científico» (José ESTEVE PARDO, «La apelación a la ciencia», p. 48).

pandèmies, tret que se sotmeti a una decidida tasca de diferenciació al seu interior quant al repartiment de competències i funcions —diferents autoritats sanitàries, doncs, amb diferent grau de poder.

La legislació autonòmica de pandèmies no contribueix precisament a delimitar l'ús de l'autoritat sanitària. Al revés, reforça encara més la centralitat en el disseny aplicant una fórmula molt simplista. Cal més potència? Bé, ampliem, també, la nòmina d'òrgans amb aquesta condició, començant pel mateix organigrama de les administracions autonòmiques. Així, juntament amb el conseller de sanitat, que és l'autoritat sanitària per antonomàsia, s'ha eixamplat l'elenc, de vegades, per cert, també cap amunt. L'extensió de l'autoritat sanitària ha arribat fins al punt que s'ha desbocat. Com s'apuntarà a continuació, algunes lleis atribueixen aquesta condició no només a òrgans, sinó al conjunt dels professionals sanitaris. En definitiva: amb la llei a la mà, avui es xifren, com a mínim, en milers les autoritats sanitàries al nostre país.

### 2.2.3. *El capítol específic que precisa l'estatut jurídic dels professionals sanitaris en una pandèmia*

Com hem pogut constatar, els professionals sanitaris —entesa ara aquesta expressió en sentit lat—, en fer front a una emergència de salut pública, s'erigeixen en actors molt qualificats. És per això habitual, si fem una ullada fora de les nostres fronteres a altres lleis pandèmiques aprovades en els darrers anys, que es reservi un capítol específic a la regulació del seu estatut i la seva comesa, tot pensant, per cert, no només en les posicions d'ordre passiu —els seus deures singulars o fins i tot el règim particular de prestacions personals forçoses—, sinó també en la consagració específica de certs drets, com ara l'assegurament de les mesures de protecció i de l'accés a la informació necessària o, altrament, el de la preferència en l'assignació de recursos escassos, preventius i/o terapèutics. Extrems, tots ells, que són notícia recurrent en aquests anys de crisi sanitària.

Encara no hi ha un rastre cognoscible d'aquesta idea en el panorama legislatiu. Amb tot, en la legislació autonòmica de pandèmies sí que podem trobar alguna confirmació de la singularitat de la posició dels professionals sanitaris en aquestes conjuntures. En concret, veiem que diverses lleis han atribuït la condició d'agent d'autoritat a aquests professionals per tal que puguin ordenar directament mesures com l'aïllament o la quarantena.<sup>11</sup> Un apoderament que recorda molt el de certs tipus d'inspector quan es troba amb situacions de

---

11. Per a ser més precisos, el cert és que en algunes comunitats autònomes s'atribueix la condició d'agent de l'autoritat, mentre que en d'altres es concedeix, *per saltum*, la condició d'autoritat. Així s'explica el legislador en l'exposició de motius de la Llei de Castella i Lleó: «El reconocimiento a este personal del carácter de autoridad, que sustituye a su carácter de agente de la autoridad, se fundamenta en la necesidad de reforzar su posición en la gestión de la pandemia, previendo una configuración de su estatus administrativo que permita la adopción de decisiones de imperio, mando o ejercicio de potestad relacionadas con su función» (ap. III, en connexió amb l'art. 70.3). Deixem constància de l'estranyesa conceptual que causa l'equiparació de les condicions d'autoritat amb les de l'agent de l'autoritat.

risc imminent i que, en tot cas, és revelador de la voluntat de reforçar aquest paper crucial en la contenció de l'amenaça.<sup>12</sup>

#### 2.2.4. *El pro i el contra de codificar els mitjans de resposta en entorns aclaparadors, canviants i imprevistos*

La principal objecció a la codificació d'un catàleg de mesures és l'ampli marge de maniobra que exigeix la lluita contra una emergència de salut pública. Si assumim —i cal fer-ho tant sí com no— que ens movem en un entorn en què el grau d'imprevisió i urgència en la resposta pot ser extrem, sembla indiscutible que caldrà concedir a les administracions competents una llibertat d'actuació a to, i això es tradueix en la presència ineludible de clàusules d'apoderament àmplies en la formulació i generoses en la intensitat. No hi ha dubte que ha de ser així. Tanmateix, això no impedeix que, sense minvar aquest final obert, aquest *numerus apertus*, sigui factible la codificació de certes mesures: les que són més habituals, es repeteixen i en tenim experiència aplicativa.

De tota manera, seria un error plantejar l'assumpte com un debat maniqueu. Això només condueix a emfasitzar massa les posicions: sense un catàleg, no hi ha *lex certa*, no hi ha seguretat jurídica. O, al revés, amb un catàleg, adieu a la flexibilitat. Això té poca cosa a veure amb l'estricta necessitat. La nostra proposta es mou cap a la conveniència. Per això evitem aquí la digressió sobre la quantitat de llei exigida davant d'una emergència de salut pública, la reserva de llei i els estàndards de qualitat exigits en la restricció de drets fonamentals, el control de la discrecionalitat o la *completezza dell'ordinamento*.

No pretenem, doncs, esborrar el rastre de discrecionalitat imaginant que som capaços de preveure fil per randa com cal reaccionar davant de les emergències de salut pública futures; tampoc volem liquidar les mesures innominades o comprometre'n la invocació. Parlem de posar fites, marques estables al terreny que ja hem reconegut, sense renunciar a aquest marge creatiu de noves mesures o, també, de nous ajustaments en les mesures típiques. Com que sabem que certs tipus de respostes són moneda corrent en aquesta mena de tràngols, resulta difícil deixar-les òrfenes de regulació sense cap explicació. Potser la tasca sigui útil en el següent embat, potser no. Dependrà de la naturalesa de l'amenaça. El que sí que és clar és que si la malaltia transmissible torna a ser l'enemic que hem de batre, moltes de les lliçons jurídiques que esforçadament hem extret resultaran d'ajuda.

Sigui com sigui, dilapidar o deixar que el coneixement jurídic adquirit s'amuntegui en un bagul ens allunya, al nostre parer, del compromís moral adquirit amb les generacions futures. Volem que s'entengui bé: la llei de pandèmies no ha de ser concebuda com una simple «càpsula del temps». El que intentem significar és que la llei pot ajudar a conservar de manera immillorable una experiència jurídica molt valuosa.

12. Per cert, l'exercici com a autoritat sanitària dels professionals sanitaris es flexibilitza de manera molt notable. Destaca, per exemple, l'ampli marge que es concedeix a l'oralitat.

Pesa així mateix en la nostra posició la constatació que els responsables sobre el terreny —els aplicadors, tant els administratius com els judicials— han trobat a faltar —i en recelen a plena veu— la presència d'un text legal escrit que contingui un quadre de mesures, ni que sigui un quadre pintat forçosament a mitges. No preconitzem una codificació per mor del virtuosisme o d'aquest idealisme fal·laç que invoca la llei com a bàlsam de Fierabrás, sinó que estem pensant en els beneficis envers la presa de decisions. La clàusula general com a element principal de resposta pot generar dubtes de fondària: on arriba el fons? Es pot dir que la catalogació no eliminarà d'arrel aquest problema, cosa que és certa. No obstant això, no ho és menys que es pot mitigar i que si el catàleg serveix per a posar marques de fondària, serà molt més fàcil intuir l'abast del fons de la discrecionalitat i prendre decisions. Per contra, exigir a l'aplicador que es refii i salti al buit una vegada i una altra és segur que acabarà provocant retards i vacil·lacions en la resposta.

De fet, ben apurada la cosa, l'atribolat recorregut de l'autorització judicial durant la pandèmia és també una mostra d'aquesta desconfiança: com que no n'estic segur, acudeixo al jutge perquè em cobreixi les espatlles. Temem que aquesta circumstància va pesar en els primers compassos i que, en part, també està darrere de la transmutació de l'article 8.6 de la Llei 29/1998, del 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa (LJCA). És més, en general, s'adverteix clarament la tendència de totes les administracions autonòmiques a buscar alguna empara, ja sigui mitjançant l'aprovació expressa de normes legals per a proveir de més cos la respectiva legislació de salut pública, ja sigui acudint als tribunals a la recerca d'un plàcet.

Aquest sentiment queda molt reflectit en algunes de les exposicions de motius de les lleis autonòmiques que ens ocupen. De vegades, els al·legats transmeten una càrrega de feixuguesa amb frases contundents que donen idea del tràngol: «En la actual situación de crisis sanitaria, la inseguridad jurídica cuesta vidas».<sup>13</sup> En aquest mateix sentit, s'insisteix en la conveniència del desenvolupament a l'efecte de facilitar la rapidesa de la resposta i evitar haver d'entretenir-se a amarrar-ne l'empara legal.

La música ens és de sobres coneguda i no sembla necessari esplaiar-s'hi. Afegim, sí, algunes raons sobre la utilitat pràctica que caldria concedir a una catalogació de les mesures de resposta pandèmica.

Hi ha, en primer lloc, la millora de la integritat. La codificació seria l'ocasió propícia per a posar sobre la taula altres vessants de les mesures pandèmiques que transcendeixen el tema central de la tensió entre llibertat individual i salut col·lectiva. D'entrada, l'equitat, que és part de l'essència de la salut pública moderna. Cavil·lar sobre la regulació de mesures com l'aïllament o la quarantena brinda l'oportunitat de posar per escrit compromisos que recordin

13. «§ 1 de la exposición de motivos de la Ley 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.» Frase que, per cert, també fa seva en termes idèntics la Llei canària («§ 2 de la exposición de motivos del Decreto-Ley 11/2021, de 2 de septiembre, por el que se establece el régimen jurídico de alerta sanitaria y las medidas para el control y gestión de la pandemia de COVID-19 en Canarias»).

a l'Administració la necessitat de prendre en consideració circumstàncies que, potser, sense el recordatori de la llei escrita poden passar desapercebudes o poden ser ateses des de la pura improvisació —si no la sola ocurrència—. De fet, la crisi del coronavirus, en demostrar-nos la perdurabilitat d'una emergència de salut pública, ha elevat el llistó d'exigència en la reacció del demà en el sentit que és obligatori resoldre com mantenir l'eficàcia de la mesura sense descuidar alhora les desigualtats reals dels ciutadans.

Quants problemes han derivat del fet de no disposar d'un domicili pròpiament dit on acatar aïllaments i quarantenes! La Llei canària introdueix algunes precisions rellevants que comprometen l'Administració. Així, amb vista al compliment de la quarantena o l'aïllament, ella serà la responsable de garantir allotjaments en establiments de curta estada per a les persones amb dificultats, així com per al personal sanitari.<sup>14</sup> És més, li correspon igualment garantir que les persones sense ajuda de familiars o amics puguin accedir als béns i serveis indispensables per a garantir la seva alimentació i neteja, així com a les cures sanitàries de primera necessitat.<sup>15</sup> Sobre aquesta base, algun legislador autonòmic ha afegit encara la precisió de la garantia de la disponibilitat de mitjans per al manteniment de les comunicacions necessàries.<sup>16</sup>

És interessant també incorporar en aquesta conjugació d'angles la inquietud i, encara, la resistència que algunes mesures provoquen en els operadors econòmics. Es tracta d'intentar insuflar elements participatius en l'articulació de la mesura, assenyaladament per tal d'involucrar els operadors que resultaran més perjudicats. És important, en aquest sentit, interioritzar que —com se sap en el camp de la sanitat animal, sense anar més lluny— el concurs de certs operadors esdevé una peça crucial en termes d'efectivitat de determinades mesures i que, per això mateix, no és adequat fer un disseny legal que únicament aprofundeixi en la direcció d'augmentar els deures que tenen al seu càrrec i d'exigir-los, alhora, que assumeixin el cost de les mesures que els perjudiquen en clau econòmica. Doncs bé, la participació pot ésser aliada de l'acceptació de les mesures o, si es prefereix, de la reducció de la conflictivitat en la seva imposició. Igualment, la participació pot ajudar a evitar que l'epidèmia se submergeixi i circuli en part de manera clandestina per temor a la llei o per a eludir-la, cosa que guarda connexió, d'altra banda, amb la recomanació de salut pública.

La legislació autonòmica de pandèmies incorre igualment en la desviació indicada: són abundants els deures de control de diferents mesures imposats als titulars d'una sèrie d'establiments, alhora que se'ls atribueix el cost financer que això pugui comportar. En canvi, no hi ha rastre de contrapesos, com podria ser un règim d'indemnitzacions —a l'estil del previst per als sacrificis forçosos d'animals—. Com que aquest és el panorama, la participació convé encara més. La Llei basca encerta en aquest sentit en preveure un tràmit —encara que

14. Arg. *ex art.* 12.7 de la Llei canària.

15. Arg. *ex art.* 12.2 de la Llei canària.

16. La Llei balear hi afegeix la disponibilitat de mitjans per al manteniment de les comunicacions necessàries (apartat 2a de l'art. 49 *quater* de la Llei 16/2010, del 28 de desembre, de salut pública de les Illes Balears, després de la modificació operada pel Decret llei 5/2021, del 7 de maig).

sigui més aviat *light*— d'audiència de les persones interessades i de creació de fòrums de participació ciutadana de consulta prèvia a l'adopció de determinades mesures.<sup>17</sup>

En lloc de fer servir la lupa, alcem ara la vista. La regulació d'un quadre de mesures constitueix una oportunitat excel·lent per a tenir una visió panoràmica i, a partir d'aquesta, fer ajustaments de conjunt. I no només això. Poden inferir-se, extreure's per deducció, principis i regles comunes, útils, per descomptat, per a generar aquest substrat o aquesta atmosfera que tant convé a la interpretació.

L'agrupació de les mesures que restringeixen la llibertat deambulatòria, en les diferents expressions (confinament, aïllament, quarantena, tancament perimetral i toc de queda), i la seva contemplació en bloc, de seguida revelen problemes comuns, com ara la necessitat de deixar fora els desplaçaments essencials. Alhora, aquesta tasca de delimitació ha permès anar conformant a poc a poc una divisió en els tipus de moviments com a objecte de la resposta pandèmica i actuar, preferentment, sobre els que no s'estimen essencials, com poden ser els relacionats amb l'esbarjo o el lleure.<sup>18</sup>

### 2.2.5. Facta concludentia: *la positivació dels mitjans de resposta pandèmica ja s'està fent*

Encara que s'ha presentat un quadre esquemàtic, cal assenyalar que cadascuna de les mesures indicades ja té al darrere una primera versió regulada, és a dir, es tracta de mesures que, a banda de la seva carta de naturalesa, han estat proveïdes d'un primer cos regulador.

És fonamental, doncs, adonar-se que la codificació del catàleg ja està en marxa. No cal anar a cap laboratori de l'acadèmia per a començar de zero, imaginant com s'haurien de regular el tancament perimetral, el toc de queda i així podríem anar seguint, perquè el cas és que ja s'està experimentant sobre el terreny. Sota el guiatge, principalment, dels legisladors autonòmics. En aquests darrers mesos s'han aprovat lleis d'àmbit autonòmic on podem trobar un règim jurídic, fins i tot puntualment detallat, de les mesures de resposta pandèmica. Fet que, per cert, evoca de seguida la davantera característica del legislador autonòmic sobre l'estatal en matèria de salut pública. Valgui recordar que la LGSP, aprovada el 2011, va arribar quan algunes comunitats autònomes anaven ni més ni menys que per la segona generació de lleis de salut pública. Un altre cop, doncs, el legislador autonòmic s'avança i agafa distància.

17. L'art. 9 diu: «Reglamentariamente podrán crearse foros de participación ciudadana o articularse mecanismos de información urgentes que posibiliten audiencias previas a la adopción de determinadas medidas específicas dentro de las actuaciones que regula esta ley. En cualquier caso, en el marco de la urgencia e inmediatez de las medidas tanto generales como específicas que contempla esta ley, y sin que se consideren requisitos para su adopción, se acogerán al tiempo de su adopción y siempre que fuera razonablemente posible, las audiencias directas a las personas o colectivos interesados, así como los contactos informativos solicitados por colectivos formales e informales, considerando que en situaciones de crisis emergen agrupaciones en torno a problemas y necesidades sobrevenidas como consecuencia de la situación».

18. A partir d'aquí, alhora, la Llei balear ha formalitzat una prelació quant a les activitats sobre les quals s'ha d'incidir en primer terme (vegeu l'apartat 3f de l'art. 49 bis).

Certament, no totes les comunitats autònomes han aprovat lleis de pandèmia amb la mateixa vocació i el mateix nivell de desplegament normatiu. Algunes han optat per adoptar un perfil més discret, fent modificacions aquí i allà de la seva legislació sanitària —Catalunya, les Illes Balears, Astúries, Andalusia i Castella i Lleó—. D'altres, en canvi, sí que s'han mostrat més atrevides i ambicioses en el seu plantejament, encara que no sense cauteles i reserves —Aragó, el País Basc i les Illes Canàries—. El legislador estatal, mentrestant, gairebé no ha mogut fitxa.<sup>19</sup>

Camins diferents, amb els seus punts febles i els seus punts forts. Així, la primera opció té a favor seu la vocació de permanència i la compenetració amb la legislació de salut pública; al contrari, fa poc visible el fet pandèmic. En canvi, una llei *ex professo* dona més relleu al problema i n'aclareix l'enquadrament, encara que sigui amb la provisionalitat de la crisi. El que sí que comparteixen les dues estratègies és la viva preocupació per l'encaix competencial i el rang. Bona part de l'esforç narratiu de les exposicions de motius es consumeix precisament a justificar la viabilitat en els dos ordres, amb un ull posat en la competència bàsica estatal en sanitat i un altre en la reserva de llei orgànica vinculada als drets fonamentals. No s'ha de perdre de vista en aquest sentit que el president del Govern va interposar un recurs d'inconstitucionalitat contra alguns preceptes de la Llei gallega (recurs 1975/2021).

En reunir aquest bagatge que va conformant la legislació autònoma de pandèmies i passar-ho pel tamís, no triguem a advertir la presència de constants. Elements que, com que se sotmeten a diferents filtres i es reiteren en les diferents lleis autonòmiques, aniran creant un cabal, un denominador comú normatiu de valor indubtable de cara a una hipotètica codificació general.

Però no és només en la llei autonòmica on s'està conformant el corpus d'aquest catàleg. També cal concedir protagonisme als tribunals superiors de justícia pel que fa a la seva nova missió d'autorització de les mesures sanitàries generals —les que limiten o restringeixen drets fonamentals de destinataris que no estan identificats individualment—. Mesures que, encara que estan allotjades formalment en resolucions, solen estar acompanyades d'un marc que s'assembla força a una regulació, de manera que, sens perjudici de quin hagi de ser el desenllaç del debat que espera impacient el veredict del Tribunal Constitucional (TC), les interlocutòries judicials es converteixen virtualment en guions normatius per al futur, especialment les que actuen com a punta de llança, quan visen mesures que s'estrenen en l'aparador de la pandèmia i de les quals no es té ni tan sols una experiència passada reconscible —*v. gr.*, el passaport sanitari—. El mateix cal dir, amb més raó encara, de les sentències del Tribunal Suprem que resolen la cassació expressa contra les actuacions

19. La qual cosa no deixa de ser xocant. Perquè, d'acord amb les motivacions expressades en les exposicions de motius, resulta molt difícil entendre que les interpel·lacions que mouen el legislador autonòmic —l'opinió expressada pel Tribunal Suprem, per exemple— no tenen el mateix o un efecte semblant envers el legislador estatal. Passa el mateix amb la seva decidida confiança en la llei com el millor instrument de cara a transmetre certesa i previsió en uns moments de tanta inquietud. «Resulta evidente que, en el estricto plano jurídico, la ley constituye la herramienta más eficaz para ordenar el comportamiento de instituciones, agentes públicos y privados y ciudadanía», pot llegir-se en l'exposició de motius de la Llei basca.

anteriors. La jurisprudència com a font del dret. Fronteres on la indagació *secundum legem* i l'ampliació *praeter legem* s'entremesclen.

## 2. L'ENCAIX D'UNA LLEI DE PANDÈMIES EN L'ORDENAMENT JURÍDIC ACTUAL

Com hem avançat, en aquest apartat ens ocuparem d'algunes qüestions d'encaix en l'ordenament jurídic actual que podrien plantejar l'aprovació eventual d'una llei de pandèmies. Segurament no seran totes les que poden suscitar-se, però sí les que considerem més rellevants. En aquest sentit, ens plantejem tres qüestions: *a)* l'existència de suport competencial per a aprovar una llei de pandèmies estatal i la seva conjugació amb la competència autonòmica en matèria sanitària; *b)* si la llei hauria de ser orgànica o ordinària, atès que l'afectació del contingut essencial de determinats drets i llibertats fonamentals sembla inevitable; *c)* la possible —i difícil— conjugació de la llei de pandèmies amb el dret d'excepció i altres normes en matèria d'emergències.

### 2.1. SOBRE EL FONAMENT COMPETENCIAL PER A APROVAR UNA LLEI DE PANDÈMIES ESTATAL

La distribució competencial en matèria sanitària que recull la Constitució espanyola (CE) atribueix a l'Estat la competència exclusiva en matèria de sanitat exterior i legislació sobre productes farmacèutics i la competència sobre les bases i la coordinació general de la sanitat (art. 149.1.16 CE). Per la seva banda, les comunitats autònomes han assumit en els estatuts respectius la competència de desenvolupament legislatiu i execució en matèria de sanitat i higiene (art. 148.1.21 CE).<sup>20</sup> Juntament amb la Constitució i els estatuts d'autonomia, la determinació dels contorns específics d'aquest repartiment de competències —sempre difícil, sigui quina sigui la matèria— ha anat quedant detallada a través de la normativa en matèria de sanitat i salut pública que han anat aprovant l'Estat —especialment, les ja esmentades LGS, LGSP i LCQSS— i les comunitats autònomes, així com d'un bon grapat de

20. Això ha estat així especialment a través dels coneguts com a *estatuts de segona generació*, que van aprovar-se a partir de la segona meitat de la dècada de l'any 2000. Actualment, totes les comunitats autònomes tenen assumides competències en el marc de la sanitat i la higiene mitjançant els seus estatuts. Pot servir com a exemple l'Estatut d'autonomia de Catalunya (EAC) del 2006, que recull en l'art. 162 les competències en matèria de sanitat, salut pública, ordenació farmacèutica i productes farmacèutics. Així, segons l'art. 162.1 EAC, correspon a «[...] la Generalitat, en matèria de sanitat i salut pública, la competència exclusiva sobre l'organització, el funcionament intern, l'avaluació, la inspecció i el control de centres, serveis i establiments sanitaris». També es diu que correspon a «[...] la Generalitat, en tot cas, la competència compartida [...]» sobre «[l]ordenació, la planificació, la determinació, la regulació i l'execució de les mesures i les actuacions destinades a preservar, protegir i promoure la salut pública en tots els àmbits, incloent-hi la salut laboral, la sanitat animal amb efectes sobre la salut humana, la sanitat alimentària, la sanitat ambiental i la vigilància epidemiològica» (art. 162.2b EAC).



sentències del Tribunal Constitucional dictades arran de l'aprovació de la normativa estatal i de les comunitats autònomes.

La salut pública, també referida pel Tribunal Constitucional com a «sanitat interior» —per contrast amb la sanitat exterior i entesa com la sanitat dins del territori espanyol—, queda, de manera indiscutida, integrada en la comprensió del concepte de *sanitat*, però és clar que té connexions amb altres matèries. Així, d'entrada i de manera més òbvia, amb la sanitat exterior, respecte de la qual l'Estat té la competència legislativa exclusiva i la qual representa un punt clau per a la lluita contra certes amenaces per a la salut pública com ara una pandèmia.

L'article 38 de la LGS diu que «[s]on actividades de sanidad exterior todas aquellas que se realicen en materia de vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud derivados de la importación, exportación o tránsito de mercancías y del tráfico internacional de viajeros». La sanitat exterior, doncs, ha estat clau en els darrers anys per a fer front a la COVID-19, ja que no han estat poques les mesures de protecció de la salut pública vinculades al tancament de fronteres i a les restriccions de la mobilitat internacional, els controls sanitaris en aeroports, ports i altres punts d'entrada al país, etcètera.

I el mateix pot dir-se d'altres matèries, velles conegudes de la salut pública, que s'hi connecten de manera indissociable, com ara la protecció del medi ambient, la regulació del mercat interior o la protecció de consumidors i usuaris. I pensant, ara sí, més específicament en una llei de pandèmies, altres títols poden aparèixer per a donar cobertura a determinats continguts de la norma. Imaginem, per exemple, la rellevància de la competència estatal en matèria de procediment administratiu comú si la norma regula qüestions procedimentals, sobre les bases i la coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica, sobre la seguretat nacional, sobre ferrocarrils i transports terrestres o en relació amb el règim energètic, per a esmentar-ne només algunes.

En qualsevol cas, al marge de les connexions de la salut pública amb altres matèries, entenem que el títol sobre el qual es justifica amb caràcter general l'aprovació d'una llei estatal de pandèmies es troba, de manera natural i sense estridències ni forçaments, en l'atribució a l'Estat de la competència sobre la regulació de les bases i la coordinació general de la sanitat, així com, si els continguts de la norma ho exigeixen perquè també es creu oportú que la regulació inclogui aspectes tocants a la sanitat exterior, de la competència exclusiva en matèria de sanitat exterior.

La comprensió per part de l'Estat del sentit de la regulació bàsica en determinats àmbits i, en particular, en el de la sanitat, queda perfectament retratada en la jurisprudència primerenca del Tribunal Constitucional. Així, podem referir-nos a la Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 32/1983, del 28 d'abril, que, recopilant la doctrina constitucional prèvia sobre la comprensió del concepte de *base*, en determina l'abast en relació amb la matèria sanitària. En aquesta resolució, l'alt tribunal recorda que el concepte de *base* és una noció material, de manera que:

[...] tales bases [deben tener] una regulación normativa uniforme y de vigencia en toda la nación», porque con ellas se proporciona el sistema normativo, en este caso el de la sanidad nacional, un denominador común, a partir del cual cada comunidad podrá desarrollar sus propias competencias. (Fonament jurídic [FJ] 2n)

És de sobres coneguda la idea que les bases han de regular aquest denominador mínim comú que, com ha afirmat el mateix TC, s'articula en nom d'uns interessos generals superiors als de cada comunitat autònoma:

[...] a partir del cual cada comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y su estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia. (STC 1/1982, del 28 de gener, FJ 1r)

Aquesta idea s'acobra a la perfecció amb el concepte de *salut pública*, que engloba «todas las actuaciones destinadas a la prevención, promoción y protección de la salud de la población desde un enfoque colectivo». <sup>21</sup> Aquest enfocament col·lectiu s'adiu amb la necessitat d'articular una regulació antipandèmies de caràcter mínim i comú a tot l'Estat i que faciliti una comprensió harmonitzada dels eixos que han de vertebrar la resposta davant de situacions de crisi i de necessitat que superin les sempre il·lusòries barreres territorials. Com bé sabem, les fronteres i el territori —si bé són un instrument del qual no pot prescindir-se per a l'adopció de mesures en atenció a la comprensió mateixa de l'execució de competències pels òrgans que en són titulars— són inexistents als ulls d'una malaltia transmissible, una catàstrofe natural i la majoria d'amenaces per a la salut pública.

La idea anterior, però, no ha d'estar renyida amb la gestió descentralitzada de les situacions de perill i necessitat per a la salut pública. Ara bé, aquesta gestió ha de ser sempre de manera coordinada. En aquest sentit, la mateixa STC 32/1983, del 28 d'abril, estableix els pilars per a la comprensió del contingut de la competència estatal sobre la coordinació de la sanitat:

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, impedirían o dificultarían respectivamente la realidad misma del sistema. En este sentido hay que entender la competencia estatal de coordinación general, a propósito de la cual conviene señalar las siguientes precisiones: *a)* aunque constituye un reforzamiento o complemento de la noción de bases, es una competencia distinta a la de fijación de las bases, como se desprende del hecho que en el art. 149.1 no siempre que se habla de bases se habla también de coordinación general, si bien ésta, cuando se incluye, aparece, salvo en una ocasión (149.1.15), unida a la competencia sobre las bases (art. 149.1.13 y 149.1.16); *b)* la competencia de coordinación general presupone lógicamente que hay algo que debe ser coordinado, esto es, presupone la existencia de competencias de las comunidades en materia de sanidad, competencias que el Estado, al coordinarlas, debe obviamente respetar, pues nunca ni la fijación de bases ni la coordinación general deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias de las comunidades; *c)* la competencia estatal de coordinación general significa no sólo que hay que coordinar las partes o subsistemas (esto es, las competencias comunitarias)

21. Juan María PEMÁN GAVÍN i César CIERCO SEIRA, «Lección 10. La sanidad y la salud pública», a Tomás CANO CAMPOS, *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, tom VII, *Servicios públicos*, Madrid, Iustel, 2009, p. 312.

del sistema general de sanidad, sino que esa coordinación le corresponde hacerla al Estado; d) en consecuencia, 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 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.

No se'ns escapa que aquesta coordinació serà també essencial en el marc d'una llei de pandèmies, ja que els mecanismes de coordinació han de ser-hi presents necessàriament. Mostra d'això ha estat el paper crucial que ha tingut el Consell Interterritorial del Sistema Nacional de Salut com a conferència sectorial que serveix per a la coordinació, la cooperació, la comunicació i la informació entre l'Estat i les diferents comunitats autònomes (art. 69 LCQSNS). Coordinació que, com ja hem dit, en cap cas està renyida amb la gestió descentralitzada de la situació d'amenaça de la salut pública per part de les comunitats autònomes.<sup>22</sup>

Tot això, en fi, en el marc ineludible de l'article 149.1 CE, que atribueix a l'Estat la competència exclusiva sobre «[l]a regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales», i en compliment de l'article 43.2 CE, que imposa als poders públics el deure d'organitzar i tutelar la salut pública.

## 2.2. LLEI ORDINÀRIA O LLEI ORGÀNICA: QUINA HA DE SER LA NATURALESA JURÍDICA D'UNA LLEI DE PANDÈMIES?

Un altre dels elements crítics per a la configuració d'una llei de pandèmies és la determinació de la seva naturalesa com a llei ordinària o com a llei orgànica. La importància de la qüestió rau en la inevitable afectació de drets fonamentals que comporten algunes de les mesures que necessàriament haurà de regular la norma per tal de contenir amenaces per a la salut pública i, en particular, una pandèmia. Com ja hem relatat més amunt, les mesures de limitació de la llibertat de circulació i de residència, la imposició de tractaments forçosos que afecten la integritat física i la intimitat corporal, l'afectació del dret a la protecció de dades, la inviolabilitat del domicili, l'exercici del dret de reunió i manifestació i, fins i tot, l'exercici de la llibertat religiosa, poden veure's restringits. Tots aquests drets i llibertats pertanyen a la secció primera del capítol segon del títol I de la CE i, per tant, en virtut de l'article 81.1 CE només poden ser regulats mitjançant una llei orgànica, quan allò signifiqui l'afectació del seu nucli essencial.

22. Respecte a això, vegeu Alfredo GALÁN GALÁN i Eduard ROIG MOLÉS, «Estado autonómico y crisis de la Covid-19: intervención estatal y relaciones intergubernamentales ante la pandemia», *Istituzioni del Federalismo*, núm. especial, 2020, p. 39-65; Eva SÁENZ ROYO, «Estado autonómico y Covid-19», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 48 (2021), p. 375-398; Joan RIDAO, *Derecho de crisis y estado autonómico: Del estado de alarma a la cogobernanza en la gestión de la COVID-19*, Madrid, Marcial Pons, 2021.

Com se sap, actualment la LGS i la LGSP són lleis ordinàries que es conjuguen amb la Llei orgànica 3/1986, del 14 d'abril, de mesures especials en matèria de salut pública. La LOMESP ha estat clau en la gestió de la COVID-19 quan no han estat en vigor els estats d'alarma, ja que ha servit de fonament normatiu en el qual les comunitats autònomes han trobat recer.<sup>23</sup> Precisament els orígens de la LOMESP es troben en la necessitat d'esqueixar del text inicial de la Llei 14/1986, del 25 d'abril, general de sanitat, la regulació d'alguns preceptes, atès l'abast del seu contingut, per a passar a ser una norma autònoma amb la condició de llei orgànica.<sup>24</sup>

Durant la tramitació parlamentària del Projecte de llei al·ludit es va posar ben ràpidament de manifest la preocupació per dotar d'un encaix formal de naturalesa orgànica aquells preceptes pensats per a fer front a les malalties transmissibles i a altres riscos, ja que preveïen mesures de profunda afectació de drets i llibertats fonamentals. És per això que primer es va proposar mantenir els articles 21, 22 i 29 en la Llei general de sanitat, però amb rang orgànic,<sup>25</sup> encara que finalment se n'esbessaren i, sense més dilació ni gaire altra discussió, s'aprovà la LOMESP, amb tres articles provinents del Projecte de llei general de sanitat i un quart que es va afegir durant la tramitació de la Llei orgànica.<sup>26</sup>

La LOMESP és, així, una mena de subproducte de l'aprovació de la LGS, que, com diríem col·loquialment, va quedar feta i deixada estar. És a dir, una vegada separada de la LGS, els preceptes de la LOMESP allí van abandonar-se. No hi va haver preocupació posterior per articular a partir d'aquest marc incipient una ordenació adequada de la resposta davant d'epidèmies o riscos per a la salut pública.

Això contrasta, per exemple, amb la preocupació que el legislador sí que va prestar ja llavors a altres marcs ordinaris de necessitat, com la normativa de protecció civil, també pensada per a fer front a situacions extraordinàries en què es posen en perill la vida i altres interessos superiors. Mostra d'això és l'aprovació de la Llei 2/1985, del 21 de gener, sobre protecció civil, un cos normatiu que, si bé es va acabar reformant, derogant i substituint el

23. I així ho ha avalat la major part de la jurisprudència, d'entre la qual destaca la del Tribunal Suprem dictada en la via de cassació més recent oberta per a recórrer les interlocutòries d'autorització o ratificació de mesures sanitàries. D'entre aquestes, destaca la primera que es va dictar, la molt citada Sentència del Tribunal Suprem (STS) 719/2021, del 24 de maig de 2021.

24. Es pot consultar al *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (BOCG), núm. 145-I (23 d'abril de 1985), el text del Projecte de llei general de sanitat.

25. Així s'establia en la disposició addicional sisena del dictamen de la comissió que se n'encarregava. Vegeu BOCG, núm. 145-II (17 d'octubre de 1985). Amb aquesta estratègia es recorria contra les anomenades *lleis parcialment orgàniques*, tècnica acceptada pel Tribunal Constitucional. La proposta d'esmena provenia del Grup Parlamentari Basc (esmena 743) i s'argumentava el següent: «Las acciones atribuidas a la Administración Sanitaria por el presente artículo [el 29], así como las derivadas de los artículos 21, 22 y 26.1, afectantes todas ellas a derechos fundamentales de las personas, no podrán ser aplicadas en tanto no se promulgue la correspondiente Ley Orgánica en la que se arbitre el obligado sistema de garantías personales». BOCG, núm. 145-I-2 (5 d'octubre de 1985).

26. Vegeu BOCG, núm. 145-III-bis (20 de novembre de 1985); BOCG, núm. 145-IV-bis (18 de març de 1986); i BOCG, núm. 145-V-bis (2 d'abril de 1986).

2015 per una norma nova i més completa,<sup>27</sup> era a llegües de distància de la LOMESP en termes de qualitat i completeness normativa.

La conjugació entre una llei ordinària i una llei orgànica ha funcionat fins als nostres dies i podria mantenir-se, si s'aprovés una llei de pandèmies. Potser podria pensar-se en dues normes bessones —com les lleis 39 i 40/2015, tot i que per a la majoria aquest tragí entre dos cossos normatius resulta incòmode—. Com que pot ser que el ball entre una llei orgànica i una norma ordinària —que disciplini tot allò que no hagi de ser necessàriament regulat per una llei orgànica— pugui arribar a ser no només molest per a l'aplicador del dret, sinó també un inconvenient per a la sistemàtica, ens atrevim a plantejar una altra alternativa, la qual, a més, no és gens original, atès el que ja hem vist.

Es tractaria d'articular una llei parcialment orgànica, és a dir, una llei orgànica on coexisteixen preceptes reservats materialment a la llei orgànica amb d'altres que afecten continguts exclosos d'aquesta reserva material. En aquest sentit, paga la pena portar a col·lació la jurisprudència del TC, on s'afirma que, davant d'aquests supòsits, és a dir, «cuando [...] en una misma ley concurren materias estrictas y materias conexas, debe afirmarse que en principio estas también quedarían sujetas al régimen de congelación de rango», de manera que només podran ser modificades per una llei d'igual naturalesa orgànica, tret que la mateixa llei orgànica indiqui quins preceptes es refereixen a matèries connexes i queden lliures de la congelació o que el TC indiqui per mitjà d'una sentència quins continguts de la llei orgànica poden ser modificats per una llei ordinària.<sup>28</sup>

Així, una proposta que ens sembla adient —malgrat les dificultats que de ben segur representaria en el fraccionat escenari parlamentari actual l'aprovació d'una llei que exigeix «mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto», arg. *ex art.* 81.1 CE— és l'aprovació d'una llei orgànica que inclogui qüestions que queden fora de la reserva material «[...] pero que en atención a razones de conexión temática o de sistematicidad o de buena política legislativa [el legislador] considere oportuno incluir junto a las materias estrictamente reservadas a la ley orgánica».<sup>29</sup> Les matèries reservades tindrien la consideració d'orgàniques, però no operaria la congelació de rang respecte de la resta de qüestions.

En aquest punt, el lector potser trobarà a faltar que el discurs s'encari a la discussió que divideix el Tribunal Constitucional a l'hora de determinar quan la restricció d'un dret fonamental és una limitació o bé una suspensió. No ho passem per alt i tenim present que això ha estat determinant en la declaració d'inconstitucionalitat d'alguns dels preceptes del Reial decret 463/2020, del 14 de març. Ara bé, no ens hi volem entretenir. Sobretot perquè, seguint l'expressió emprada per Domènech Pascual, ha esdevingut una qüestió dogmàtica.<sup>30</sup>

27. Actualment regeix la Llei 17/2015, del 9 de juliol, del sistema nacional de protecció civil, juntament amb la normativa autonòmica de desenvolupament.

28. La cita pertany a la STC 1/1985, del 13 de febrer de 1985, FJ 21*b*.

29. *Ibidem*.

30. Gabriel DOMÈNECH PASCUAL, «Dogmatismo contra pragmatismo».

Fixeu-vos: un cop decaigut l'estat d'alarma, quantes són les mesures d'altíssima intensitat i de caràcter general adoptades per les comunitats autònomes amb fonament en la seva legislació pròpia i en la clàusula general d'habilitació del final de l'article 3 de la LOMESP? Mesures, a més, la majoria beneïdes fins ara pel Tribunal Suprem. En qualsevol cas, remetem el lector a uns paràgrafs més avall, on tornem a detenir-nos breument en la difícil qüestió de la suspensió *versus* la limitació dels drets i les llibertats fonamentals amb motiu de la necessitat de delimitar adequadament els supòsits d'aplicació del dret d'excepció i el dret ordinari de necessitat.

### 2.3. L'ENCAIX D'UNA LLEI DE PANDÈMIES AMB EL DRET D'EXCEPCIÓ I LA RESTA DE NORMES DEL DRET ORDINARI DE NECESSITAT

Determinar l'encaix d'una eventual llei de pandèmies amb el dret d'excepció i la resta de normes del dret ordinari de necessitat és potser la més difícil de les qüestions abordades.

La dificultat rau, d'una banda, en la demostrada incompletesa de la regulació del dret d'excepció, que s'ha posat de manifest de manera palmària en les dues sentències del Tribunal Constitucional que han resolt els recursos d'inconstitucionalitat interposats contra els dos estats d'alarma declarats per a tot el territori nacional.<sup>31</sup> En les resolucions, el Tribunal — ni que sigui per una majoria ajustada— ve a dir que, malgrat que les mesures adoptades foren adequades i necessàries, com que comportaven una suspensió de determinats drets fonamentals només podien adoptar-se amb la deguda declaració d'un estat d'emergència. En afirmar això, però, es passa per alt que l'estat d'emergència està pensat per a situacions d'alteració de l'ordre públic, conjuntura que no va donar-se en cap moment durant la crisi sanitària viscuda i que no discuteix la doctrina. Com bé afirma Álvarez García, «[...] nuestro vigente derecho constitucional de emergencia no es operativo para luchar contra las grandes pandemias».<sup>32</sup>

Dit això, el cert és que, en termes generals (si se'ns permeten en aquest treball a mode d'esbós), el dret d'excepció ha d'activar-se quan no hi hagi cap altre recurs, quan el dret ordinari ja no sigui capaç no només de donar resposta a una determinada eventualitat, sinó tampoc de mantenir l'ordre normal de les coses.<sup>33</sup> És, com sabem, un instrument de preservació de l'Estat i, precisament amb la finalitat de conservar l'ordre i l'ordenament jurídic ordinari, es permet d'exceptuar-lo, sempre amb determinades cauteles i garanties, vinculades especialment al temps. I és que la conjuntura a la qual es fa front amb el dret d'excepció no s'ataïlla com una situació permanent, sinó breu i transitòria, atès que s'aplica amb aquesta

---

31. Es tracta de les conegudes STC 148/2021, del 14 de juliol, i 183/2021, del 27 d'octubre.

32. Vicente ÁLVAREZ GARCÍA, «Los errores de diseño del derecho de necesidad», p. 24.

33. L'article 1.1 LOAES diu: «[...] procederá la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes».

resposta excepcional. És una situació, per tant, molt diferent de la perllongada convivència amb la COVID-19.

No hi ha dubte que l'arribada de la COVID-19 a inicis de l'any 2020 va sobrepassar la capacitat de resposta de l'ordenament ordinari, essencialment perquè no estava pensat per a fer front —malgrat els molts advertiments respecte a aquesta qüestió<sup>34</sup> i la insistència de la doctrina per a la seva millora—<sup>35</sup> a una eventualitat com la pandèmia viscuda. ¿S'hauria recorregut al dret d'excepció s'hi s'haguessin tingut unes bastides més fornides que l'exigua LOMESP?, si el Consell Interterritorial hagués tingut més tradició?, si les lleis autonòmiques de salut pública haguessin estat més completes?, si hagués existit una agència estatal de salut pública?<sup>36</sup> És difícil albirar una resposta, però sí que es pot afirmar sense dubtar que el marc ordinari, un cop superat l'ensurt inicial, ha estat capaç de respondre i gestionar —de millor o pitjor manera— la situació perllongada en el temps de crisi sanitària i amenaça per a la salut pública.

En qualsevol cas, la relació que el dret ordinari de necessitat pugui establir amb el dret d'excepció no pot veure's només des d'un punt de vista maniqueu o com una relació d'exclusió; és a dir, l'aplicació de l'un no desterra la de l'altre. Han d'entendre's necessàriament com ordenaments complementaris. Això s'ha vist clarament quan els dos reials decrets de declaració de l'estat d'alarma general s'han referit a la legislació ordinària tot articulant la regulació de l'exercici de la potestat sancionadora, de l'adopció de mesures, de la distribució de competències, etc.

Avançant en el nostre discurs i enllaçant amb algunes de les idees plantejades al principi en aquest esbós, creiem que el paràmetre que ha de determinar i distingir l'aplicació del marc extraordinari o la del marc ordinari ha de ser el supòsit fàctic, no pas la intensitat de les mesures que han d'adoptar-se per a fer-hi front, i fugim, així, d'un dels arguments de la STC 148/2021, del 14 de juliol. Aquest criteri fàctic ha de ser, també, el que delimiti l'àmbit d'aplicació d'una eventual llei de pandèmies respecte de la resta de normes ordinàries per a fer front a situacions d'emergència i necessitat.

Ens referim, en especial, a la normativa en matèria de protecció civil, la Llei 17/2015, del 9 de juliol, del sistema nacional de protecció civil (LSNPC), dictada amb caràcter bàsic i desenvolupada per la majoria de comunitats autònomes a través de les seves pròpies lleis de

34. No per molt citada deixa de ser deguda la referència a Bill Gates, que el 2015 afirmava que «[t]here is a significant chance that an epidemic of a substantially more infectious disease [than Ebola] will occur sometime in the next 20 years». BILL GATES, «The next epidemic - Lessons from Ebola», *New England Journal of Medicine*, núm. 372 (2015), p. 1381-1384. La predicció de Gates, a més, no ha decaïgut pel fet que hagi aparegut el SARS-CoV-2, que no ens lliura d'altres virus més perillosos, letals i transmissibles que aquest.

35. CÉSAR CIERCO SEIRA, *Administración pública y salud colectiva: El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Granada, Comares, 2005. CÉSAR CIERCO SEIRA, «La necesaria actualización de la legislación en materia de salud pública», *Derecho y Salud*, vol. 17 (2009). Vegeu també LAURA SALAMERO TEIXIDÓ, «Derechos individuales frente a salud pública en la protección ante enfermedades contagiosas: propuestas de mejora del marco regulatorio vigente», *Gaceta Sanitaria*, núm. 30 (2016), p. 69-73.

36. Sobre la creació d'una agència estatal de salut pública, vegeu ILDEFONSO HERNÁNDEZ-AGUADO i ANA M. GARCÍA GARCÍA, «¿Será mejor la salud pública tras la COVID-19?», *Gaceta Sanitaria*, vol. 35, núm. 1, p. 1-2.

protecció civil. La LSNPC entén la protecció civil com un «[...] servicio público que protege a las personas y bienes garantizando una respuesta adecuada ante los distintos tipos de emergencias y catástrofes originadas por causas naturales o derivadas de la acción humana, sea ésta accidental o intencionada». Si bé la normativa de protecció civil s'activa normalment per a fer front a situacions derivades de catàstrofes naturals, tal com està configurada no ens sembla discutible que també resultaria d'aplicació per a fer front a la COVID-19, causa natural que ha generat situacions que poden qualificar-se ben bé d'emergència.

Sense entrar en disquisicions terminològiques i en el quadre de definicions que aporta la LSNPC, ens sembla senzill comprendre que una llei de pandèmies o, com ja hem dit més amunt, una llei per a fer front a les situacions d'amenaça per a la salut pública, pot dibuixar el seu objecte precisament al voltant de la comprensió de la salut pública com a interès general amenaçat i que cal protegir. I això permetria que s'entengués que el seu àmbit d'aplicació és més restringit que el que dibuixa la LSNPC. Així, la llei de pandèmies seria una norma especial, mentre que la LSNPC ocuparia el lloc d'una norma general. La relació entre ambdues seria llavors la que descriu bé l'aforisme llatí *lex specialis derogat generali*.

I llavors, ben dibuixat normativament el supòsit de fet, la conjuntura o l'eventualitat a què es pretén fer front i que implica una situació de necessitat, risc, emergència, amenaça..., cadascuna d'aquestes normes ha de preveure les regles que siguin necessàries i que més s'adeqüin per a fer-hi front —determinació de l'autoritat competent, mesures que cal adoptar, autorització judicial, etc.—, sempre, és clar, assumint que no pot preveure's i, per tant, disciplinar-se tot.

L'esquema plantejat, com ha assenyalat la doctrina, pot exigir també la modificació de la Constitució allí on restringeix la possibilitat de suspensió de drets fonamentals a la declaració de l'estat d'alarma i només en relació amb determinats drets (art. 55 CE).<sup>37</sup> O, fins i tot, en una posició diametralment oposada, pot exigir la modificació de la *norma normarum* per a permetre la suspensió de drets fonamentals —tal com defineix i entén el TC que és la suspensió— fora dels supòsits de l'article 55.1 CE, com, per exemple, ja fa l'article 55.2 CE a favor d'una llei orgànica, en el marc de la lluita contra el terrorisme, ara a favor de la lluita contra les pandèmies. En el nostre cas, però, en lloc de ser restriccions individuals, es permetria la restricció amb caràcter general.

---

37. Vicente ÁLVAREZ GARCIA, «Los errores de diseño del derecho de necesidad», p. 25. Paga la pena la citació literal: «Creo, en este sentido, que sería conveniente, realmente necesario, reformar nuestra Constitución para prever un nuevo estado de emergencia (un estado constitucional de pandemias) que habilite para limitar en su grado máximo (para suspender en los términos del art. 55 CE) en tiempos de crisis sanitarias extremas los derechos fundamentales que pueda ser necesario para luchar de manera eficaz contra ellas».



### 3. FINAL

No hi ha un pla preconcebut per a la llei de pandèmies. Però que s'apropa és més que evident. I ho és, principalment, perquè és difícil contenir algunes forces intrínseques que, es vulgui o no, s'han activat durant la pandèmia: el valor de la seguretat jurídica se serveix de vegades a pes. Perquè no sempre els qui han de prendre decisions anhelan la llibertat. La gravetat del trànsit agraeix de vegades una legislació desenvolupada. Hi ha també raons pragmàtiques vinculades al temps de resposta o a la presa en consideració d'aspectes secundaris, com podria ser la resposta amb equitat. Però és que, a més, una cosa és l'ofensiva de xoc, la que està pensada per a aturar ràpidament una amenaça, i una altra, combatre durant anys una emergència de salut pública. Si la situació pot ser així de duradora, és el material de la llei, per raó de la seva duresa i resistència, el que més convé.

No és difícil reunir arguments i veus favorables a l'aprovació d'una llei de pandèmies. Se'n troben entre la doctrina científica i també ho han preconitzat instàncies molt qualificades, com el Tribunal Constitucional, el Tribunal Suprem o el Consell d'Estat, a més de molts tribunals superiors de justícia. Es dirà que això d'aquests òrgans s'assembla al rampell de revenja o al pretext anticipat de qui s'ha vist en la necessitat d'haver d'intervenir en decisions complicades de la pandèmia: ho hauria fet molt millor amb una llei. El mateix que, en veu de l'acadèmia, pot sonar a cantarella: amb una llei tot s'apanya i, si no, la culpa és d'aquest legislador maldestre, que tot ho fa malbé en la seva farga.

Sigui com sigui, plantejar el debat en clau de pura necessitat o d'idealització de la llei com a panacea només pot dur a bucles argumentals i, al final, a resultats magres. La nostra intenció principal no és sumar-nos, doncs, a un corrent; ni tan sols reafirmar les nostres posicions prèvies a la crisi del coronavirus —tot i que el nostre biaix de confirmació és evident—. En aquest moment, busquem transmetre al lector un esbós inicial del que podria ser la llei de pandèmies i del seu encaix, és a dir, posar-li un primer rostre. I, ahora, volem significar que aquest esbós no pertany a l'esfera de la pura elucubració perquè, tan sols parcialment i d'una manera imperfecta, ja figura en pàgines oficials. Dit en poques paraules, volem donar més contingut i reorientar aquesta pregunta: que la legislació sobre pandèmies es desenvolupi d'una manera incompleta i desmanegada —que és el que avui està passant—, ¿és el camí que s'ha de seguir forçosament? I, si no és així, ¿de debò és aquest, el millor camí?

## BIBLIOGRAFIA

- ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente. «Los errores de diseño del derecho de necesidad para la lucha contra las pandemias y algunas claves para su reordenación futura». *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 58 (2021).
- BAÑO LEÓN, José María. «Confusión regulatoria en la crisis sanitaria». *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 209 (2020), p. 11-22.
- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. «La intervención administrativa en los derechos fundamentales de las personas por motivos de salud pública». *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 210 (2021), p. 79-124.
- CIERCO SEIRA, César. *Administración pública y salud colectiva: El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*. Granada: Comares, 2005.
- CIERCO SEIRA, César. «La necesaria actualización de la legislación en materia de salud pública». *Derecho y Salud*, vol. 17 (2009).
- LUCAS MARTÍN, Javier de. «Variaciones sobre un tópico weberiano. Acerca del lugar de la ciencia en la decisión política». *Revista de las Cortes Generales*, núm. 111 (2021), p. 75-96.
- DOMÈNECH PASCUAL, Gabriel. «Dogmatismo contra pragmatismo. Dos maneras de ver las restricciones de derechos fundamentales con ocasión de la COVID-19». *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4 (2021).
- GALÁN GALÁN, Alfredo; ROIG MOLÉS, Eduard. «Estado autonómico y crisis de la Covid-19: intervención estatal y relaciones intergubernamentales ante la pandemia». *Istituzioni del Federalismo*, núm. especial (2020), p. 39-65.
- GATES, Bill. «The next epidemic - Lessons from Ebola». *New England Journal of Medicine*, núm. 372 (2015), p. 1381-1384.
- HERNÁNDEZ-AGUADO, Ildefonso; GARCÍA GARCÍA, Ana M. «¿Será mejor la salud pública tras la COVID-19?». *Gaceta Sanitaria*, vol. 35, núm. 1 (2021), p. 1-2.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. «El poder y la peste de 2020». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 90-91 (2020-2021), p. 114-131.
- PEMÁN GAVÍN, Juan María; CIERCO SEIRA, César. «Lección 10. La sanidad y la salud pública». A: CANO CAMPOS, Tomás. *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*. Tom VII, *Servicios públicos*. Madrid: Iustel, 2009, p. 301-331.
- RIDAO, Joan. *Derecho de crisis y estado autonómico: Del estado de alarma a la cogobernanza en la gestión de la COVID-19*. Madrid: Marcial Pons, 2021.
- SÁENZ ROYO, Eva. «Estado autonómico y Covid-19». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 48 (2021), p. 375-398.
- SALAMERO TEIXIDÓ, Laura. «Derechos individuales frente a salud pública en la protección ante enfermedades contagiosas: propuestas de mejora del marco regulatorio vigente». *Gaceta Sanitaria*, núm. 30 (2016), p. 69-73.
- VIDAL PRADO, Carlos. «Herramientas jurídicas frente a situaciones de emergencia sanitaria. ¿Hasta dónde se pueden limitar derechos sin recurrir a la excepcionalidad constitucional?». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 48 (2021), p. 265-296.