

LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LAS MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA PANDEMIA POR LA COVID-19. EXCEPCIONALIDAD Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

Blanca Rodríguez-Chaves Mimbrero
Profesora Contratada Doctora de Derecho
Administrativo (Acreditada titular)
Universidad Autónoma de Madrid

1. Cuestiones Preliminares.

En orden al respeto de los derechos fundamentales en la gestión de la pandemia por la COVID-19, lo primero que habría que señalar es que el marco jurídico en el que se adoptan las medidas de excepción tiene que mantener su conexión con el Derecho y con el orden constitucional¹(en el que se regula las garantías de los derechos fundamentales y el sistema de fuentes). Se consideran en estos casos admisibles las medidas que excepcionan un régimen jurídico sectorial². “Otra cosa es la excepción de un régimen general, básico, de enunciado constitucional, articulado fundamentalmente en torno a unos derechos y libertades fundamentales, también a unos deberes, afirmados con carácter general y básico”³.

En lo que se refiere al ámbito interno español, se optó en marzo por afrontar la gestión de la Pandemia desde la aplicación de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, que autoriza al Gobierno para dictar las medidas necesarias a fin de contener la pandemia. En concreto, su art. 11 a) autoriza al Gobierno, con una formulación muy abierta, para “limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos”. En aplicación de esta Ley por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se declaró el Estado de Alarma por la COVID-19 (que fue sucedido por el Real Decreto 514/2020 y el Real Decreto 537/2020)⁴.

¹ Muy acertadamente así lo señala ESTEVE PARDO, J., <<La apelación a la ciencia en el Gobierno y gestión de la crisis COVID-19>>, *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, vol. 2, 2020, p. 42.

² Respecto de esta distinción entre las medidas sectoriales y las medidas que afectan al estatus general de los derechos incide NOGUEIRA LÓPEZ, A., << Confinar el virus. Entre el viejo derecho sectorial y el derecho de excepción>>, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87 (2020), pp. 6 a 22.

³Vid. ESTEVE PARDO, J., <<La apelación a la ciencia...>>, op.cit., p. 42.

⁴ Sobre la excepcionalidad que conlleva la declaración del Estado de Alarma vid. VELASCO CABALLERO, F., <<Estado de Alarma y distribución territorial del poder>>, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87 (2020), pp. 66 a 78 y VELASCO CABALLERO, F., << Derecho Local y COVID-19 >>, *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, núm. 59 (2020), pp. 5 a 33. Ha sido cuestionado la sucesión de prorrogas del Estado de Alarma, dado que tiene marcados en la propia normativa que se aplica unos límites temporales claros (art. 6.2 Ley Orgánica 4/1981, prescribe que será por 15 días que sólo se podrá prorrogar con autorización expresa del Congreso que establecerá el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga). De forma inédita se ha prorrogado cuatro veces sin fijarse un plazo límite claro, cuando “el Estado de Alarma, por su grave y generalizada afectación a los derechos fundamentales, así como la profunda alteración al orden competencial (la nota más característica del Estado de Alarma ha sido subordinación de todas las autoridades de España a las decisiones del

Además, el art. 12 de la Ley Orgánica 4/1981 remite directamente a lo que establecen las leyes sanitarias⁵. Esta remisión hay que entenderla dirigida, en la actualidad, al art. 3 de la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública⁶, y al art. 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. La primera establece: “con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”. Por su parte, el art. 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública autoriza a adoptar “cuantas medidas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley”. Ambos preceptos recogen una cláusula muy abierta⁷ que permiten la adopción de medidas no tasadas para afrontar una situación de emergencia que, por definición, se caracterizan por su imprevisibilidad. Esta normativa (Ley Orgánica 4/1981 y Ley Orgánica 3/1986), que permite poner límite a derechos fundamentales, como la libre circulación, ha sido la que se ha seguido aplicando por las diferentes Comunidades Autónomas una vez finalizada la vigencia del primer Estado de Alarma.

Una vez finalizado el primer Estado de Alarma se han seguido adoptando medidas que limitan seriamente los derechos fundamentales a través de normas que no tienen el rango normativo (normas reglamentarias) que exige la Constitución de 1978. Estas normas, en algunos casos, se han sometido a la previa ratificación por los Tribunales Contencioso-Administrativos, en aplicación de los arts. 8.6 y 10.8 LJCA. Considero que es muy cuestionable la procedencia de esta ratificación por los tribunales, dado que no se trata de actos administrativos cuya ejecución forzosa se controla sino de disposiciones administrativas de carácter reglamentario (normas) y los tribunales no son cotitulares de la potestad reglamentaria para que puedan “entrar a colaborar” con el ejecutivo autonómico en la aprobación de dichas normas reglamentarias. Con esta ratificación entiendo que se compromete la separación de poderes.⁸

Gobierno) comporta una sustancial modificación de la Constitución”, así lo afirma muy atinadamente ESTEVE PARDO, J., <<La apelación a la ciencia...>>, op. cit. pp. 43 y 44. Por todo ello, el Estado de Alarma tiene que tener un carácter claramente provisional y no debería utilizarse como un medio ordinario para la gestión de la crisis epidémica. Así ha sido señalado por CRUZ VILLALÓN, P., <<Estados excepcionales y suspensión de garantías>>, Tecnos, Madrid, 1984. Algunos autores defendieron la procedencia de la declaración del Estado de Excepción, por todos, ALEGRE ÁVILA, J.M, y SÁNCHEZ LAMELAS, A., <<Nota en relación a la crisis sanitaria generada por la actual emergencia vírica>>, se puede consultar en <http://www.aepda.es/AEPDAEntrada-2741-Nota-en-relacion-a-la-crisis-sanitaria-generada-por-la-actual-emergencia-virica.aspx>.

Este tiempo de provisionalidad ha dado lugar al planteamiento de una multitud de recursos y demandas, un exhaustivo recorrido se encuentra en FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., <<El Estado de Alarma y las medidas contra el coronavirus ante jueces y tribunales>>, *Diario La Ley*, núm. 9651, sección Tribuna, 11 de junio de 2020.

⁵ Sobre la virtualidad de estas normas vid. el interesante artículo de NOGUEIRA LÓPEZ, A., << Confinar el virus... >>, op. cit., pp. 6 a 22.

⁶ Modificada mediante Real Decreto-ley 6/2020, de 10 de marzo, por la que se adoptan medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública.

⁷ En este sentido, el art. 14 Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana y el art. 7 bis de la Ley 17/2015, del Sistema Nacional de Protección Civil establecen que para situaciones de emergencia en general, ante posibles peligros y riesgos para el orden público o para los derechos fundamentales, las leyes deben contener cláusulas generales de actuación gubernativa, que permitan actuaciones muy diversas en función de cuál sea el riesgo o peligro emergente cada caso concreto. Se trata de medidas restrictivas de derechos fundamentales muy indeterminadas que pueden suscitar dudas de inconstitucionalidad.

⁸En este mismo sentido se ha venido pronunciando incansablemente el profesor Juan Manuel ALEGRE AVILA: <<Inadmisión de la solicitud gubernativa de ratificación jurisdiccional de las medidas sanitarias adoptadas por razón de la crisis vírica [Una nota a propósito del Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Logroño 102/2020, de 22 de septiembre]>>, publicado el 27 de septiembre de

En materia de riesgo de transmisión de enfermedades, epidemia y crisis sanitarias esta normativa citada, interpretada de forma sistemática, otorga a las autoridades sanitarias de las distintas administraciones públicas las competencias para adoptar las medidas necesarias previstas por la ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad. Estas autorizaciones legales generales dan entrada al protagonismo del principio de proporcionalidad a la hora de la toma de decisiones por parte del Gobierno y la Administración Pública que adoptan las “medidas de alarma”. Más adelante nos adentraremos en este aspecto. En consecuencia, bajo estado de alarma se pueden dar graves restricciones de los derechos por el régimen excepcional que se adopte y por el Derecho ordinario, sin necesidad de llegar a la suspensión de derechos. Por su parte, las garantías de reserva de ley quedan algo diluidas por el régimen de excepción aplicable, que tiene «valor de ley».

El Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y los sucesivos, por los que se declaró el Estado de Alarma tiene valor de ley y da cobertura legal a las normas reglamentarias que se integran en el Derecho de excepción constitucional siempre bajo la cobertura del propio Decreto de alarma (que pese a proceder del Gobierno tiene valor de ley). Pero para una vez terminara la vigencia del Primer Estado de Alarma (con medidas de rigurosa excepción y medidas hasta ahora inimaginables por su impacto y generalidad, al estado de normalidad y a la legislación ordinaria) debería de haberse aprobado una legislación con el rango constitucional exigido que ofrezca un paraguas legislativo para la realidad de esta crisis y sus consecuencias (un entramado normativo sistemático que atendiera, sin contradicción entre sus piezas, a todos los frentes que se ven afectados por la crisis y las gravosas medidas adoptadas para combatirla y gestionarla). Téngase en cuenta que el Estado de Alarma y sus prórrogas tienen una finalidad determinada, que depende de las causas que lo justifiquen, pero los estados de emergencia (incluido el de alarma) se rigen por el principio establecido por el art. 1.2 de la Ley Orgánica 4/1981, que prevé que “Las medidas a adoptar en los estados de alarma, excepción y sitio, así como la duración de los mismos, serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad. Su aplicación se realizará de forma proporcionada a las circunstancias”.

No obstante, no se ha aprobado este cuerpo normativo una vez finalizada la vigencia del primer Estado de Alarma, y durante varios meses se han seguido limitando derechos fundamentales en aplicación de la Ley Orgánica 4/1981 y Ley Orgánica 3/1986, con una regulación muy abierta y no pensada para enfrentarse a una pandemia con consecuencias tan graves como la que estamos sufriendo, y, al amparo de esta legislación se han seguido adoptando medidas que limitan seriamente los derechos fundamentales a través de normas que no tienen el rango normativo (normas reglamentarias) que exige la Constitución de 1978, y, para salvar esa posible inconstitucionalidad, se han sometido a la previa ratificación por los Tribunales Contencioso-Administrativos. Finalmente, el Gobierno ha aprobado 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.

2020; <<Una sucinta nota en relación a la intervención jurisdiccional sobre las decisiones del poder ejecutivo que inciden en la libertad y o derechos fundamentales de los ciudadanos>>, publicado el 30 de septiembre de 2020; y <<Denegación judicial de ratificación de medidas sanitarias y declaración de estado de alarma>>, publicado el 11 de octubre de 2020. Todos estos trabajos están disponibles en internet en: <http://www.aepda.es/AEPDACategoria-92-Otras%20publicaciones.aspx>.

Sobre las medidas que se han venido adoptando para combatir la pandemia son muy reveladores los trabajos de COTINO HUESO, L., <<Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus>>, *Diario La Ley*, núm. 9608, 2020 y FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Los problemas de las medidas jurídicas contra el coronavirus: las dudas constitucionales sobre el Estado de Alarma y los excesos normativos», *Diario La Ley*, núm. 9641, 2020.

Realizado este planteamiento podemos preguntarnos si en esta crisis por la COVID- 19, en la que las medidas que se han adoptado persiguen una finalidad constitucional y legítima: la preservación del derecho a la vida y la protección de la salud pública, la forma en que se han adoptado ¿han podido suponer una vulneración de los principios fundamentales del Estado de Derecho?

Partimos de que, conforme a los artículos 9 y 53 CE, todos los poderes públicos, incluidas las diferentes Administraciones Públicas, se encuentran vinculados por los derechos fundamentales. La función que cumplen los derechos fundamentales en la estructura de la Constitución es, *prima facie*, establecer para los ciudadanos espacios de autodeterminación de la conducta, indisponibles a todos los poderes públicos. Se configuran, así como ámbitos de autodeterminación, de libertad subjetiva (dimensión subjetiva de los derechos). Por ello, los derechos fundamentales son origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos.

Cualquier cuestión relativa a derechos fundamentales en el marco de nuestro Estado constitucional de derecho debe ser analizada teniendo en cuenta cuatro premisas. La primera, que ninguno de ellos es absoluto o ilimitado. Todos los derechos son limitados y además pueden entrar en conflicto unos con otros. La segunda, que no existe una jerarquía de derechos fundamentales que permita de forma automática establecer en caso de conflicto la prevalencia de uno sobre otro. La igualdad de valor y rango de todos los derechos fundamentales exige llevar a cabo en cada caso conflictivo una ponderación. La tercera, que las limitaciones de derechos fundamentales tienen que ser establecidas por normas con rango de Ley que han de respetar el contenido esencial de aquellos. Sólo así se garantiza que el Parlamento -los representantes de los ciudadanos- legitima democráticamente la limitación. En consecuencia, en ningún caso es admisible que un Gobierno dicte normas de rango reglamentario para establecer con carácter general limitaciones de derechos. La cuarta y última, que el régimen de los derechos fundamentales está reservado a la Ley Orgánica, es decir, a las Cortes Generales. Las comunidades autónomas no tienen competencia para establecer dicho régimen.

En lo que a este estudio nos interesa, a raíz de la pandemia por la COVID-19 se plantea un conflicto entre dos bienes jurídicamente protegidos, derecho a la salud (art. 43 CE) versus otros derechos fundamentales como la libertad de circulación de las personas, la protección de datos de carácter personal, derecho de reunión, libertad religiosa, entre otros. La resolución de este conflicto se debe afrontar desde dos planos perfectamente diferenciables: el plano normativo (regulación del derecho) y el plano en la aplicación del Derecho (de las normas vigentes).

2. Plano normativo (regulación del derecho a la protección de datos).

En este plano las claves que se tienen que tener presentes son:

- Rango normativo de la norma que regula el derecho fundamental: reserva de Ley (art. 53.1 CE y art. 81 CE, que determina que tiene que ser regulado por Ley Orgánica). Se admite la colaboración reglamentaria siempre que sea claramente dependiente y subordinada a la ley (SSTC 83/1984, 111/2014 y 139/2016). Jerarquía normativa: el reglamento no puede modificar lo establecido en la ley.

- Respeto al contenido esencial por el legislador (STC 76/2019).

2.1. La reserva de ley en la regulación de los derechos fundamentales.

La Constitución establece una reserva de Ley, arts. 53.1 y 81 CE para el establecimiento de la regulación esencial y límites de cada derecho fundamental del Capítulo II del Título I⁹. Conforme a la jurisprudencia constitucional (entre otras, STC 14/2014), toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas que incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE, Ley Orgánica) o límite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE, Ley Ordinaria, estatal o autonómica en función de la competencia material *ex* arts. 148 y 149 CE), precisa de una habilitación legal. La reserva de Ley se configura, así, como requisito para garantizar formal y materialmente la seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por ello, debe ser la Ley la que defina las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la suficiente claridad para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad. En este sentido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (vid. STC 76/2019, de 22 de mayo) determina que para que el legislador respete la reserva de ley, la ley debe regular pormenorizadamente las restricciones al derecho fundamental, de otra manera no se cumple las exigencias de certeza y precisión que cabe exigir y debe establecer las garantías adecuadas para proteger los derechos fundamentales afectados. En palabras del TC: “la falta de precisión de la ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción”; “al producirse este resultado, más allá de toda interpretación razonable, la ley ya no cumple su función de garantía del propio derecho fundamental que restringe, pues deja que en su lugar opere simplemente la voluntad de quien ha de aplicarla. Y, desde luego, la previsión de garantías adecuadas no pueden referirse a un momento posterior a la regulación legal mediante normas reglamentarias.

Y, añade la STC 76/2019, que “el tipo de vulneración que acarrea la falta de certeza y previsibilidad en los propios límites: “no sólo lesionaría el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), concebida como certeza sobre el ordenamiento aplicable y expectativa razonablemente fundada de la persona sobre cuál ha de ser la actuación del poder aplicando el Derecho (STC 104/2000, FJ 7, por todas), sino que al mismo tiempo dicha ley estaría lesionando el contenido esencial del derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hacen irreconocible e imposibilitan, en la práctica, su ejercicio (SSTC 11/1981, FJ 15; 142/1993, de 22 de abril, FJ 4, y 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 7)”.

2.2. La limitación de los derechos fundamentales. Contenido esencial.

El TC ha reiterado que los derechos fundamentales no son ilimitados (STC 96/2010). Todo derecho tiene sus límites (internos), impuestos por razones de interés generales o de protección de otros bienes constitucionales. En unos casos son fijados directamente por la propia Constitución¹⁰, mientras que en otras ocasiones tales límites o restricciones se contienen en la ley que regula el concreto derecho fundamental o en otra Ley que limite el contenido de este derecho. En el caso que estamos analizando, podrían ser leyes sanitarias en relación con el RGPD y la Ley 3/2018, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. La constitucionalidad de tales límites radica en que esos límites legales respeten a su vez el contenido esencial del derecho (art. 53.1 CE) y sean proporcionados. Entramos en el terreno de la ponderación en la regulación del derecho (ponderación por el legislador). Al legislador se le exige

⁹ Por el contrario, los derechos reconocidos en el Capítulo III del Título I, como el derecho a la salud, no están sometidos a esa reserva de Ley.

¹⁰ Vid. por ejemplo, el art. 18 CE, inviolabilidad del domicilio, salvo existencia de un delito flagrante.

que sus decisiones sean ponderadas en su resultado¹¹. Las exigencias de esta ponderación puede llegar a suponer un límite negativo del ejercicio de su competencia normativa o legislativa¹². En materia de derechos fundamentales, la especial sujeción a los mismos que impone el art. 53.1 CE hace que la competencia del legislador para regular su ejercicio se vea sometida a condicionamientos más estrictos que los que encuentran los órganos legislativos en otros ámbitos materiales. La posibilidad de ponderar por parte del legislador para establecer límites a los derechos fundamentales está estrictamente condicionada. En efecto, en primer término, el contenido de los derechos fundamentales, en principio, sólo pueden limitarse en virtud de una ponderación con otros bienes, derechos o principios que cuenten con reconocimiento constitucional¹³. Como consecuencia de esa ponderación podrá resultar el establecimiento por el legislador de límites a un derecho fundamental justificados por la necesidad de dar prevalencia, en determinadas circunstancias, al derecho, bien o principio constitucional que se encuentra en situación de tensión o contraposición con aquél.

En segundo lugar, es constitucionalmente obligado que la decisión del legislador por la que se establezca límites a un derecho fundamental por exigencias derivadas de otro derecho fundamental, o de otro bien o principio con apoyo constitucional sea, en sí misma (en su resultado), ponderada. Esto es, la decisión a la que aquí se alude ha de cumplir con lo que se ha denominado “ley de ponderación”, esto es: cuanto mayor sea el grado de perjuicio del derecho fundamental de que se trate, mayor ha de ser la importancia del cumplimiento del bien, derecho o principio contrapuesto¹⁴. Esta exigencia forma parte del contenido del principio de proporcionalidad, que, como se sabe, vincula al legislador en el ejercicio de su competencia a la hora de establecer límites en los ámbitos de libertad de los ciudadanos para permitir la satisfacción de otros bienes constitucionalmente amparados.

Y, en tercer lugar, hay que conjugar la exigencia de la “ley de la ponderación” con la exigencia del respeto al “contenido esencial”. En algún caso en el que, sin duda, fuera posible argumentar que la importancia del cumplimiento de cierto bien constitucional es tal que justifica una determinada restricción en un derecho fundamental (esto es, que se cumple con la “ley de la ponderación”), habría que considerar contraria a la Constitución la limitación a este derecho si con ella se traspasa la línea de lo que deba considerarse como contenido esencial del mismo (art. 53.1 CE).

Las limitaciones establecidas por la Ley en ningún caso puede afectar al contenido esencial del derecho fundamental (límite de los límites)¹⁵. En el caso del derecho a la protección de datos de

¹¹La ponderación como resultado se refiere a la ponderación de la decisión en sí misma, es decir, a la solución correctamente argumentada, conforme al criterio de que cuanto mayor sea el grado de perjuicio del principio que ha de retroceder, mayor ha de ser la importancia del cumplimiento del principio que prevalece. Vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., <<La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo>>, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 48 y 49.

¹²No hay que olvidar que existen ámbitos vedados a la ponderación por el legislador; son aquellos en los que la propia Constitución ha adoptado una decisión precisa relativa a la precedencia de un principio sobre otro que cierra la vía a ulteriores decisiones impuestas por ley. Es el caso del art. 18.2 CE. Vid. STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 8 A) y B).

¹³Vid. MEDINA GUERRERO, M., <<La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales>>, Madrid, 1996, págs. 71,72, 75,89 y 115. Vid. STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8 y STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6.

¹⁴Vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., <<La ponderación de bienes e intereses...>>, op. cit., p. 61.

¹⁵La STC 101/1991 ha precisado que el concepto de contenido esencial sólo es aplicable a los derechos del Capítulo I y del Capítulo II del Título I CE. Está conformado por aquella parte del derecho (facultades) que es ineludiblemente necesaria para que su titular pueda satisfacer los intereses para cuya consecución el derecho se otorga. En este sentido, la STC 112/2006 precisa que “La determinación del contenido esencial de cualquier tipo de derecho subjetivo –y, por tanto, también de los derechos fundamentales de la persona– viene marcada en cada caso por el elenco de <<facultades o posibilidades>> de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a

carácter personal (art. 18 CE), la STC 76/2019, de 22 de mayo, ha fijado con precisión cual es el alcance del contenido esencial del derecho a la protección de datos de carácter personal. En cuanto al contenido esencial del derecho a la protección de datos el TC, remitiéndose a la capital STC 292/2000, recuerda que consiste en un “poder de disposición y de control sobre los datos personales” y que tiene “una doble perspectiva”: “El art. 18.4 CE no solo <<consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona>> (SSTC 11/1998, de 13 de enero, FJ 5; 96/2012, FJ 6; y 151/2014, de 25 de septiembre, FJ 7), sino también, como se desprende de su último inciso (“para garantizar [...] el pleno ejercicio de sus derechos”), un derecho instrumental ordenado a la protección de otros derechos fundamentales, esto es, “un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos” (STC 292/2000, de 30 de septiembre, FJ 5)”. El derecho así concebido no tiene carácter absoluto, claro está. Puede estar sujeto a límites, pero éstos han de respetar al menos dos requisitos: primero, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas debe responder a un fin constitucionalmente legítimo o encaminarse a la protección o la salvaguarda de un bien constitucionalmente relevante; segundo, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas, ora incida directamente sobre su desarrollo (art. 81.1 CE), ora limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal. Es pues necesario que una ley defina los límites de los derechos y en particular del derecho a la protección de datos. Pero esta ley, para cumplir con el principio de seguridad jurídica, debe cumplir al menos dos exigencias: previsibilidad y certeza de las medidas restrictivas en el ámbito de los derechos fundamentales. Es decir, la ley que limite un derecho fundamental ha de establecer las garantías mínimas exigibles y adecuadas que permitan dicho límite sin menoscabar el contenido esencial del derecho.

3. Plano aplicación del Derecho vigente. El juicio de proporcionalidad y la ponderación.

Cuando, en la aplicación de una determinada norma, se establece que cuando exista un conflicto entre dos derechos la Administración puede limitar uno de esos derechos en favor del otro, esta limitación no constituirá una vulneración cuando resista un juicio de ponderación¹⁶. Todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean “necesarias para conseguir el fin perseguido” (SSTC 62/1982, FJ 5º) y ha de atender a la “proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone” (STC 37/1989, FJ 7º).

El principio de proporcionalidad requiere que cualquier decisión que afecte a los derechos fundamentales de los particulares sea la estrictamente indispensable para la consecución de otros derechos o valores constitucionales a los que la limitación sirve. Estos tres subprincipios se

eses tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes a las sociedades democráticas cuando se trate de derechos constitucionales”. Del mismo modo, se define también por el TC el contenido esencial como “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”.

¹⁶ Vid. art. 4 de la Ley 40/2015, de 1 octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

enunciaron por primera vez en la STC 66/1995: toda medida restrictiva debe ser *idónea, necesaria, y ponderada*¹⁷:

- 1) Idoneidad o juicio de adecuación: Para adoptar una medida restrictiva de un derecho, ésta debe ser adecuada e idónea, es decir, apta para lograr la finalidad legítima prevista por la norma.
- 2) Necesidad o juicio de indispensabilidad: Si la finalidad es legítima y la norma adecuada, se procede a analizar si la medida es la menos gravosa para la consecución del fin, identificando si existen otras menos lesivas.
- 3) Proporcionalidad en sentido estricto o ponderación: Deben valorarse los intereses en presencia a fin de determinar si la injerencia en el derecho ocasiona más beneficios en el interés que se intenta proteger que daños en el derecho afectado. La ponderación, en cuanto método de resolución de la colisión entre derechos fundamentales o bienes constitucionales implica establecer un orden de preferencia relativo para el concreto supuesto, y de acuerdo a las concretas circunstancias presentes. Y tal orden se establece idealmente a través de tres fases sucesivas:

1ª. Se identifican los principios (valores, bienes, intereses) en conflicto¹⁸.

2ª. Se atribuye a cada uno de ellos la importancia que le corresponda, según las circunstancias del caso¹⁹.

3ª. Se otorga prevalencia a uno (o unos) sobre el otro (los otros). Juicio de proporcionalidad en sentido estricto²⁰.

¹⁷ Vid. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., <<La ponderación de bienes e intereses...>>, op. cit., pp. 121-138.

¹⁸ El presupuesto de cualquier ponderación es el conflicto entre dos (o más) principios. En relación con cada posible medida contra el contagio, es necesario identificar qué concretos bienes y derechos (en principio, constitucionales) entran en conflicto, y en qué medida los sacrificios en unos compensan los beneficios en otros. Esto es lo que se ha llamado la “regla de oro de la ponderación”. No se incluyen los llamados «falsos problemas de ponderación», que se refieren a la delimitación del ámbito que protegen las normas. En este sentido puede citarse como un falso problema de ponderación, si una información no cumple los requisitos mínimos para considerarla veraz, no se encuentra protegida por el art. 20.1.d CE. Por tanto, no podrá plantearse una ponderación con la intimidad. Esta primera fase, donde se identifican los principios en conflicto, es fundamental para la solución de la ponderación. Piénsese, por ejemplo, en que la solución puede ser distinta si en un conflicto frente al honor o intimidad, se contraponen la libertad de expresión o la libertad de información. La solución correcta de un caso de ponderación depende fundamentalmente de la adecuada identificación de los principios en conflicto.

¹⁹ En esta fase se trata de argumentar sobre el peso o la importancia atribuible a cada uno de los principios en conflicto, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso. Estos argumentos pueden basarse en datos de hecho extraídos de las circunstancias del caso, argumentos de derecho que apoyen uno u otro principio, etc. Hay que tener en cuenta que lo que se ponderan son los principios, derechos, valores o intereses protegidos por el ordenamiento. Los hechos, como tales, ni se ponderan ni pueden ponderarse. Aunque sí se pueden utilizar para dar prevalencia a un derecho o a un interés (con apoyo normativo) sobre otro.

²⁰ Tercera fase: decisión de prevalencia conforme al criterio de que «cuanto mayor sea el grado de perjuicio a uno de los principios mayor ha de ser la importancia del cumplimiento de su contrario». En esta fase se llega a la decisión de hacer prevalecer un derecho, principio, interés, etc., frente al otro (u otros), que retroceden. Esta decisión tiene su fundamento, principalmente, en la segunda fase de la ponderación. La solución del conflicto debe cumplir el criterio (ley de la ponderación) de que cuanto mayor sea el grado de perjuicio del principio que retrocede mayor debe ser la importancia del que prevalece en el caso determinado. Como resultado de cada ponderación es posible formular una regla de prevalencia condicionada, en la que se expresen las condiciones bajo las que se ha dado prevalencia a un principio frente al otro. Esta regla permite un cierto grado de generalización o abstracción que facilita su aplicación

Las exigencias de la ponderación para los órganos aplicativos del Derecho presentan peculiaridades con respecto a las que se imponen al legislador. La exigencia de ponderación por el Gobierno y la Administración supone una imposición positiva de un riguroso deber de motivación racional de sus decisiones estructurada en el cumplimiento de una serie de fases, es lo que se ha distinguido como “ponderación como procedimiento” en el que hay que explicitar los principios en conflicto, atribuir importancia a cada uno de ellos conforme a una correcta argumentación que debe recogerse en el correspondiente acto jurídico-público como fundamentación. Esta distinción tiene consecuencias porque si se trata de ponderación en la aplicación del derecho, la falta del requisito formal de la ponderación (ponderación como procedimiento) supone la vulneración del derecho fundamental. Esta ponderación con sus tres fases se tiene que evidenciar en la motivación suficiente de la decisión o acto administrativo (art. 35 de la Ley 39/2015, de 1 octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

4. Recapitulación. El principio de proporcionalidad. La figura jurídica en la que se sustentan las decisiones normativas y resolutivas ante las situaciones de emergencia. aplicación a las medidas que implican usos de datos personales para la gestión de la pandemia.

Tal y como se ha señalado en este trabajo, tanto el art. 3 de la Ley orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública como el art. 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, contienen en su redacción una cláusula muy abierta que permiten la adopción de <<medidas necesarias>>, no tasadas, para afrontar una situación de emergencia que por definición se caracterizan por su imprevisibilidad. Estas determinaciones contenidas en la Ley, de acuerdo con la STC 76/2019, ya referenciada en este trabajo, adolece de falta de certeza y previsibilidad, por lo que podría decirse que no cumple con la reserva de Ley, conllevando a que las medidas que se adopten dependan de la voluntad del aplicador de estos artículos, el Gobierno o la Administración. Gobierno y Administración, que por otro lado, tendrán que adoptar medidas necesarias proporcionales²¹ de acuerdo con las circunstancias que tendrán

a futuros conflictos planteados en términos semejantes a los del caso que se acaba de resolver. Pero si los hechos son sustancialmente distintos, la nueva ponderación efectuada puede arrojar un resultado diverso.

²¹ Entiéndase que, en este caso, el principio de proporcionalidad no se aplica al alcance de la autorización legal para adoptar “medidas necesarias”, sino para la aplicación de esa autorización legal por el Gobierno o la Administración. Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en la gestión de la pandemia por COVID-19 vid. DE LA SIERRA, S., <<Lectura de urgencia de las reacciones frente al COVID-19 desde la óptica jurídica internacional comparada>>, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-86, marzo-abril (2020); RICARD MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., << Los tratamientos de datos personales en la crisis del COVID-19. Un enfoque desde la salud pública>>, *Diario La Ley*, núm. 9601, Sección Doctrina, (25 de marzo 2020); ARROYO JIMENEZ, L., << El Derecho público en situaciones de emergencia>> (disponible en: http://www.cepc.gob.es/cepc/blog/blog_cepc/2020/05/04/el-derecho-publico-en-situaciones-de-emergencia); y VELASCO CABALLERO, F., <<Libertad, Covid-19 y proporcionalidad (I): fundamentos para un control de constitucionalidad>> (disponible en: <https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/2020/05/30/libertad-covid-19-y-proporcionalidad-i-fundamentos-para-un-control-de-constitucionalidad/>) y <<Libertad, Covid-19 y principio de proporcionalidad (II): indicadores para el control de constitucionalidad.>> (disponible en: <https://franciscovelascocaballeroblog.wordpress.com/2020/05/31/libertad-covid-19-y-principio-de-proporcionalidad-ii-indicadores-para-el-control-de-constitucionalidad/>).

que ser motivadas de forma suficiente siguiendo las tres fases del procedimiento de ponderación²², en el caso de que tal motivación concorra, la medida será ajustada al ordenamiento jurídico y en el caso en el que esté en juego la limitación de un derecho fundamental dicha limitación será proporcional.

En el caso contrario, en el que la medida exceda en su contenido por imponer limitaciones al derecho desproporcionadas y no justificadas de acuerdo con las circunstancias, la medida será ilegal e inconstitucional. Y recalamos, de acuerdo con las circunstancias, lo que hace que tome una relevancia capital el conocimiento preciso de cada situación concreta. Dicho de otra forma, el principio de proporcionalidad sólo actúa correctamente si hay un conocimiento preciso de cada situación concreta, pues sólo así es posible saber si una limitación del derecho es necesaria. Sólo en cada concreto contexto fáctico es cuando se puede valorar en qué medida una concreta prohibición o limitación es idónea para un concreto fin, no tiene una alternativa menos restrictiva, y contiene un sacrificio justificable por la magnitud del beneficio que produce en otro bien jurídico relevante. Por ello, podríamos decir que, por definición, el principio de proporcionalidad se opone por principio a medidas restrictivas indefinidas. Este conocimiento preciso, en el caso de la situación creada por la COVID-19 ha de entenderse circunscrito al conocimiento posible, dado que no se puede obviar que tanto el juicio de idoneidad como el de necesidad se realizará en un contexto de incertidumbre sanitaria y científica²³.

5. Unas últimas reflexiones y conclusiones.

Siendo, por tanto, muy discutible que una norma con rango reglamentario sea suficiente cuando se trata de una norma que va a regular derechos fundamentales sobre el que la Constitución Española (art. 53 CE) establece una reserva de ley. En los casos de materias reservadas a la Ley, como es este caso, cabe la colaboración reglamentaria, pero siempre que la ley haya establecido previamente los aspectos nucleares o esenciales de la regulación y siempre que esa regulación reglamentaria sea “claramente dependiente y subordinada a la ley” tal y como viene reiterando de forma asentada y unívoca desde la aprobación de la Constitución Española el Tribunal Constitucional²⁴.

De tal modo, que a las Consejerías de Salud de las distintas Comunidades Autónomas les correspondería la aplicación y ejecución de esa Ley Orgánica aprobada por las Cortes. En ningún caso resultaría admisible que, sin cobertura legal alguna, mediante simples disposiciones reglamentarias autonómicas, se establecieran medidas limitadoras del derecho a la protección de datos personales. En otro caso nos podríamos encontrar ante una conculcación de unas de las garantías jurídicas formales básicas del Estado de derecho: la reserva de ley.

²² Recordemos: 1ª: Se identifican los principios (valores, bienes, intereses) en conflicto; 2ª: Se atribuye a cada uno de ellos la importancia que le corresponda, según las circunstancias del caso; y 3ª. Se otorga prevalencia a uno (o unos) sobre el otro (los otros). Juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

²³ Y, precisamente, porque se trata de un contexto de incertidumbre sanitaria y científica, entra en juego también el <<principio de precaución>>. La problemática que conlleva la adopción de decisiones públicas en entornos de incertidumbre científica es analizada de forma magistral por ESTEVE PARDO, J.<<La apelación a la ciencia...>>, op. cit. pp. 35 a 50. ESTEVE en este trabajo, muy acertadamente señala (p. 41): “El principio de precaución, al excepcionar el régimen jurídico vigente, conduce a una situación de anomia en la que la única referencia que se reconoce para modular y dimensionar esas medidas de excepción es la que aporta otro principio, muy en boga también, el principio de proporcionalidad. Este principio, el de proporcionalidad, es entonces la única conexión que resta con el Derecho, con el orden jurídico, la única referencia para medir y controlar las actuaciones de las autoridades”.

²⁴ Vid. STC 83/1984, y reiterada en otras recientes, así STC 111/2014 y STC 139/2016.

En definitiva, una vez pasados los primeros meses en la gestión de la pandemia, se tenía que haber aprobado una Ley Orgánica que regulara la adopción de las medidas necesarias para la gestión de la pandemia que pudieran limitar derechos fundamentales.

Cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha tenido que interpretar las restricciones de derechos fundamentales²⁵, ha sentado unos principios que deben respetar los estados miembros del Consejo de Europa, España entre ellos²⁶:

- Deben estar previstos por una norma, acorde con el sistema de fuentes del Derecho de cada estado, anterior a la imposición del límite, que sea clara y precisa, para que la ciudadanía pueda acomodar su conducta a la previsión legal.
- Deben ser necesarias en la sociedad democrática para cumplir objetivos legítimos.
- Deben cumplir con el principio de proporcionalidad.

No hay que perder nunca de vista que se protege a las personas protegiendo los derechos fundamentales, ello garantiza, en último extremo la calidad de nuestra democracia. No nos alejemos de los estándares europeos.

²⁵ El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) establece, para casos como la pandemia a la que nos enfrentamos, que cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del Derecho Internacional. Ello significa que es posible suspender derechos, cumpliendo con la debida proporcionalidad e informando al Consejo de Europa. Además, excepto los denominados “derechos inderogables”, los derechos del Convenio pueden estar sometidos a límites porque no se trata de derechos absolutos y, cumpliendo con determinados requisitos, pueden ser objeto de restricciones.

²⁶ Vid. por todas, STEDH de 22 de octubre de 1981 (Caso Dudgeon) y STEDH de 2 de agosto de 1984 (Caso Malone.)