



**Informe anual 2021
Anexos**

Anexo D.5

**SOLICITUDES DE RECURSOS
ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

5.1 Solicitudes de recurso de inconstitucionalidad	5
5.1.1 A leyes y decretos estatales	5
5.1.2 A leyes y decretos autonómicos	90
5.2 Solicitudes de recurso de amparo	245

SUMARIO

5.1	SOLICITUDES DE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD	5
5.1.1	A leyes y decretos estatales.....	5
	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.....	5
	Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria	20
	Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.....	33
	Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.....	35
	Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado (LPGE) para 2021	37
	Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo	40
	Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.....	42
	Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la covid-19	50
	Ley Orgánica 4/2021, de 29 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para el establecimiento del régimen jurídico aplicable al Consejo General del Poder Judicial en funciones	62
	Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.....	63
	Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales	70

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.....	76
Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público	84
Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra la práctica de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego	85
5.1.2 A leyes y decretos autonómicos.....	90
Decreto-ley 10/2020, de 8 de octubre, por el que se establecen medidas de lucha contra la ocupación de las viviendas en la Región de Murcia y se modifica la Ley 2/2012, de 11 de mayo, y el Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia..	90
Ley 17/2020, de 22 de diciembre, por la que se modifica la Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista de Cataluña	92
Ley 3/2020, de 28 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2021	96
Ley 3/2020, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización 2021 de la Generalitat Valenciana	121
Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia.....	129
Estatuto de personal al servicio del Parlamento de La Rioja	161
Ley 4/2021, de 16 de abril, de la Función Pública Valenciana	167
Decreto-ley 2/2021, de 7 de mayo, por el que se modifica 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	171
Decreto-ley 5/2021, de 7 de mayo, por el que se modifican la Ley 16/2010, de 28 de diciembre, de salud pública de las Illes Balears, y el Decreto-ley 11/2020, de 10 de julio, por el que se establece un régimen sancionador específico para hacer frente a los incumplimientos de las disposiciones dictadas para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la covid-19.....	183
Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales de canarias	202

Ley 2/2021, de 24 de junio, de medidas para la gestión de la pandemia de covid-19 del País Vasco.....	206
Decreto-ley 4/2021, de 8 de julio, por el que se modifica 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, para el establecimiento del nivel de alerta sanitaria 2 en la Comunidad Autónoma de Aragón	222
Ley 1/2021, de 9 de julio, de modificación de la Ley 8/2015, de 28 de diciembre, de Radio Televisión Madrid.....	223
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	227

5.2 SOLICITUDES DE RECURSO DE AMPARO..... 245

5.1 SOLICITUDES DE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

5.1.1 A leyes y decretos estatales

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

Se recibieron diversas solicitudes de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el segundo estado de alarma en todo el territorio nacional decretado para combatir la covid-19 por presunta vulneración de varios derechos fundamentales (libertad de circulación, derecho de reunión, inviolabilidad del domicilio, libertad de empresa), así como en contra de la duración de la prórroga y de que no se hubiese declarado el estado de excepción.

ANTECEDENTES

PRIMERO. Se han recibido en el Defensor del Pueblo 20 escritos solicitando la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra 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; algunos de ellos lo solicitan también contra la prórroga, autorizada por el Congreso de los Diputados en el Pleno celebrado el 29 de octubre (Resolución del Congreso de los Diputados, de la misma fecha, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma) y efectuada mediante el Real Decreto 956/ 2020, de 3 de noviembre.

SEGUNDO. Son diversos los argumentos que se trasladan al Defensor del Pueblo contra las normas citadas, algunos similares a los aducidos con motivo de la declaración del primer estado de alarma en el mes de marzo de 2020, otros específicos del estado de alarma declarado en el mes de octubre.

Se aduce la vulneración de varios derechos fundamentales (libertad de circulación, derecho de reunión, inviolabilidad del domicilio, libertad de empresa) que, a juicio de los comparecientes, habrían sido afectados por el estado de alarma. Se dice que habrían sido suspendidos derechos fundamentales, lo que solo sería posible bajo los estados de excepción y sitio, debido particularmente, entre otros extremos, a los denominados coloquialmente «toques de queda» o confinamientos domiciliarios nocturnos.

Otra línea argumental se refiere a la cuestión de la duración de la prórroga. Se dice por comparecientes que, siendo la duración inicial del estado de alarma 15 días, la

prórroga debe ser también por 15 días, debiendo producirse sucesivas autorizaciones del Congreso de los Diputados si se pretende un estado de alarma de mayor duración, tal y como sucedió en el estado de alarma que se produjo de marzo a junio de 2020. Un compareciente, aun reconociendo que la literalidad de la Constitución y de la Ley Orgánica 4/ 1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, permitiría ser interpretada en el sentido de que cabe de una vez una prórroga superior a 15 días, como también permitiría lo contrario, debe prevalecer la segunda interpretación, al ser menos lesiva para los derechos fundamentales. Al propio tiempo, se indica que difícilmente podrá considerarse proporcional a la situación epidemiológica una prórroga de seis meses del estado de alarma, pues se desconoce qué puede suceder en un plazo tan largo de tiempo, cuál va a ser la evolución de la enfermedad y si reclamará o no un estado de alarma prolongado para combatirla.

Las atribuciones concedidas en el estado de alarma a los presidentes de las comunidades autónomas, se dice, no estarían sometidas al control del Congreso de los Diputados.

TERCERO. Uno de los comparecientes indica que «la declaración concatenada del estado de alarma con mismo presupuesto habilitante por el Gobierno sustrae el control parlamentario, es un fraude a la Constitución y vulnera, por tanto, el artículo 116.2 de la misma y, por conexión, derechos fundamentales».

Refiriéndose a la concatenación del estado de alarma declarado el 9 de octubre en parte de la Comunidad de Madrid y el estado de alarma declarado en todo el territorio nacional el 25 de octubre, señala: «De una lectura de las exposiciones de motivos, de los articulados y hasta de los propios títulos de los Reales Decretos 900/2020, de 9 de octubre, y 926/2020, de 25 de octubre, se colige que ambos parten del mismo presupuesto de hecho para declarar el estado de alarma: el que, en palabras del artículo 4.b) LOEAES llama “crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves”. En el caso que nos incumbe, el estado de alarma ha sido declarado en ambas ocasiones a raíz del mismo suceso: la pandemia por covid-19 que asola España desde principios de 2020. De ambas normas cabe concluir fácilmente que motiva al Gobierno a limitar derechos fundamentales lo mismo: la gravedad de la situación epidemiológica, que vuelve a poner en jaque los sistemas de salud. El presupuesto de hecho en ambos casos es exactamente el mismo: la grave crisis sanitaria a causa del covid-19. Es importante destacar esto, pues sobre ello pivota toda la presente queja».

Y añade: «el Gobierno debió solicitar una prórroga del estado de alarma declarado por Real Decreto 900/2020 con las medidas y condiciones que estableció en el Real Decreto 926/2020, pues el presupuesto habilitante es el mismo y el ordenamiento jurídico prevé que el estado de alarma sea dinámico, permitiendo la alteración de

medidas durante su vigencia. Lo que no permite el ordenamiento constitucional y legal es sustraer del control del Congreso de los Diputados, siquiera durante un tiempo, el estado de alarma, pues es una herramienta que rompe con los límites otorgados a los poderes ordinarios de las autoridades (artículo 1 LOEAES), que constituye el llamado derecho de excepción y sobre la que el ordenamiento constitucional ha ideado una serie de contrapesos, el principal de ellos parlamentario. Hurtar el control parlamentario por cambiar las medidas hasta el punto de que parezca que el estado de alarma es otro distinto es un fraude a la Constitución. Del andamiaje constitucional y legal es fácilmente deducible que el constituyente quiso que, a los 15 días, los términos materiales del estado de alarma fuesen tasados por el Congreso de los Diputados, que como Cámara Baja del Parlamento nacional representa al pueblo español (artículo 66.1 de la Constitución española) y está legitimada democráticamente de forma más directa que el Gobierno del Estado, fiscalizando a este en la aplicación y ejecución de las medidas adoptadas al amparo de la excepcionalidad».

Considera, en definitiva, este compareciente que los presupuestos de los estados de alarma de parte de la Comunidad de Madrid (declarado el 9 de octubre y terminado en la tarde del 24 de octubre) y el declarado en todo el territorio nacional en la tarde del 25 de octubre eran los mismos y, en consecuencia, que el estado de alarma de Madrid exigía una prórroga parlamentaria y no una nueva declaración gubernamental, pues ello significaría que a partir del día décimosexto de la alarma madrileña se habría eludido el control parlamentario:

«El presupuesto de hecho era el mismo; de hecho, es incuestionable que entre las 16:47 horas del 24 de octubre de 2020, momento en que decayó el estado de alarma, y las 18:25 horas del 25 de octubre de 2020, instante en que volvió a ser declarado, no pudo restablecerse la normalidad (artículo 1.2 LOEAES) y volver a tornar en circunstancia extraordinaria que hizo imposible el mantenimiento de la misma mediante los poderes ordinarios de las autoridades competentes (artículo 1.1 LOEAES). En ese impasse de unas cuantas horas, la situación no era idónea para ser controlada con los poderes ordinarios de las autoridades, y prueba de ello es simplemente que volvió a ser declarado en cuestión de horas. Y es que incluso la propia exposición de motivos del Real Decreto 926/2020 justifica la declaración del estado de alarma en datos tomados vigente el Real Decreto 900/2020».

Dice también: «Con el desarrollo de los acontecimientos, nos encontramos con la gravísima consecuencia de que las personas que se encuentran en los términos municipales de Alcobendas, Alcorcón, Fuenlabrada, Getafe, Leganés, Madrid, Móstoles, Parla y Torrejón de Ardoz van a ver limitados sus derechos fundamentales por un período de, inicialmente, 30 días, con la sola excepción de unas cuantas horas del sábado 24 y domingo 25 de octubre -las que median entre el levantamiento del estado

de alarma y su declaración de nuevo-, sin que el Congreso de los Diputados pueda decidir alterar el alcance y las condiciones de dicha limitación».

Y añade: «Por lo tanto, la declaración concatenada de estados de alarma realizada por el Gobierno, en aparente licitud a la vista del tenor literal de la Constitución, consigue una consecuencia no querida por la propia Constitución: la no intervención del Congreso a partir del decimoquinto día, que es clara en lo que a la prórroga del estado de alarma y el control parlamentario se refiere, y por normas del propio bloque de constitucionalidad, como la LOEAES, que disponen expresamente cuál es el mecanismo para que, superados los 15 días iniciales de excepcionalidad, puedan alterarse las condiciones (ámbito territorial, duración, efectos, etc.): la prórroga en los términos del artículo 6.2 LOEAES».

Se indica que «este interesado es consciente de la importancia que el propio Defensor del Pueblo otorga a la intervención parlamentaria durante el estado de alarma. Prueba de ello es que, en su Resolución de 3 de septiembre de 2020, adoptada en relación con las solicitudes de recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto 463/ 2020, de 14 de marzo, y sus prórrogas, afirmó sin ambages que «ni el Gobierno declarando el estado de alarma, ni el Congreso de los Diputados prorrogándolo, quisieron suspender derechos fundamentales» (p. 21). Dicha afirmación no atempera en modo alguno el peso que sobre el Congreso recae en el estado de alarma, sino que iguala la responsabilidad de dicha Cámara parlamentaria a la del Gobierno, llamado constitucionalmente a declararlo, cuando de prorrogar la excepcionalidad constitucional a partir del decimoquinto día se trata. Y, como se ha sostenido en todo este escrito, en este caso se ha hurtado la intervención del máximo representante de la voluntad popular mediante la declaración concatenada del estado de alarma en fraude a la Constitución. Ese es el único motivo que fundamenta esta queja y que, a juicio de este interesado, vicia de inconstitucionalidad el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, con fuertes consecuencias jurídicas para todos los ciudadanos y los derechos de estos».

CUARTO. Otro ciudadano compareciente, además de manifestar que debía haberse declarado el estado de excepción (al haberse suspendido, según indica, y no meramente limitado derechos) desarrolla la idea de la falta de competencia autonómica y la insuficiencia de rango normativo de las disposiciones limitativas adoptadas por las comunidades autónomas en general y la Comunidad de Castilla y León en particular: «Dejar en manos de las distintas comunidades autónomas la adopción de medidas sanitarias que impliquen limitar derechos fundamentales, además de atribuirles competencias que no les corresponden, de acuerdo al orden constitucional establecido, supone vulnerar el derecho a la igualdad de todos los españoles, garantizado por los artículos 14 y 139.1 de la Constitución española. Por su parte, el artículo 9.2 de la Constitución española atribuye a los poderes públicos la obligación de promover las

condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.

Asimismo, se están imponiendo deberes y obligaciones a los ciudadanos, en virtud de normas parlamentarias, incluso mediante resoluciones administrativas que vulneran lo dispuesto en los artículos 30.4 y 43.2 de la Constitución.

Desarrollando estas ideas, indica que «en este sentido, la tan mal utilizada, en la actual situación de pandemia, Ley Orgánica 3/ 1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, hace referencia a lo largo de su escueto articulado a las «autoridades sanitarias» y, como acabamos de ver, el artículo 139.2 de la Constitución española impide que cualquier autoridad pueda adoptar medidas que obstaculicen la libertad de circulación de personas. Además, las resoluciones administrativas aquí mencionadas establecen que los ciudadanos deberán colaborar activamente en el cumplimiento de las medidas sanitarias preventivas establecidas. Sin embargo, el artículo 30.4 de la Constitución española determina que solamente mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública. Y el, ya mencionado, artículo 53.1 de la Constitución española establece que: Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

Lo que pone en cuestión que una simple resolución administrativa sirva como instrumento para imponer toda una serie de obligaciones y deberes a los ciudadanos, limitando además sus derechos fundamentales».

FUNDAMENTOS

PRIMERO. Tradicionalmente, el Defensor del Pueblo, de acuerdo con la Junta de Coordinación y Régimen Interior, ha venido manteniendo el criterio general de no ejercitar la legitimación que le confiere el artículo 162.1.a) de la Constitución española, el artículo 32.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, y el artículo 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, cuando la acción sea iniciada por cualquiera de los restantes sujetos legitimados para ello. Esta prudencia en el ejercicio de sus atribuciones tiene relación directa con la preservación de la neutralidad política que debe caracterizar la actuación del Defensor del Pueblo. El rango constitucional de la institución, su carácter de Comisionado parlamentario y la autoridad moral de la que gozan sus resoluciones, parecen aconsejar la inhibición del Defensor del Pueblo en cualquier pugna procesal en la que su intervención no resulte imprescindible para cumplir adecuadamente su misión propia, que es la de garantizar los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos (artículo 54 de la Constitución).

Mediante Providencia de 17 de noviembre de 2020, el Pleno del Tribunal Constitucional acordó:

«Admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad promovido por Diputados del Grupo Parlamentario de Vox en el Congreso y, en su representación, por el procurador don Antonio Ortega Fuentes, en relación con las siguientes disposiciones:

- Artículos 2.2 y 2.3; 5; 6; 7; 8; 9; 10 y 14 del 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.
- Artículos 2, 4 y 5 de la Resolución del Congreso de los Diputados de 29 de octubre de 2020, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020.
- Artículo 2, Disposición transitoria única y disposición final primera, apartados uno, dos y tres del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/ 2020».

Ha quedado garantizado, pues, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el estado de alarma declarado el 25 de octubre de 2020 y su única prórroga, al igual que sucedió con respecto al estado de alarma del 14 de marzo del mismo año y sus prórrogas.

SEGUNDO. El Defensor del Pueblo, no obstante, la tradición contraria, decidió en su momento pronunciarse excepcionalmente en cuanto al fondo con respecto al primer estado de alarma, teniendo en cuenta la directa conexión existente entre el estado de alarma y los derechos fundamentales. En los últimos meses lo ha hecho públicamente en tres ocasiones: mediante la Resolución de 3 de septiembre de 2020, que resolvió las solicitudes de interposición de recurso de inconstitucionalidad que habían sido recibidas en el Defensor del Pueblo; mediante comparecencia en la Comisión Mixta Congreso-Senado de relaciones con el Defensor del Pueblo celebrada el 26 de noviembre de 2020; y mediante las páginas 9 a 23 del libro «Actuaciones ante la pandemia de covid-19», publicado el 10 de diciembre de 2020 por la institución del Defensor del Pueblo (192 páginas).

Estos pronunciamientos están disponibles para el público, en la web del Defensor del Pueblo el primero y el tercero, en la web del Congreso de los Diputados el segundo.

Puede concluirse de ellos, y se explica pormenorizadamente, que el Defensor del Pueblo considera que las disposiciones adoptadas en el primer estado de alarma, y también las dictadas por las diversas autoridades en el que pudiéramos denominar «periodo intermedio entre los dos estados de alarma» (entre junio y octubre de 2020) lo

han sido en el marco de la Constitución y sus disposiciones de desarrollo, particularmente la Ley Orgánica 4/ 1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, y la legislación sanitaria para casos de epidemia.

En los escritos presentados al Defensor del Pueblo en esta ocasión, como se ha apuntado, concurren argumentos ya aducidos anteriormente (si procedía el estado de alarma o el de excepción, el problema de la suspensión vs. limitación o restricción de derechos fundamentales, las potestades de las comunidades autónomas en estos supuestos, etcétera), en tanto que son propios y comunes a cualquier estado de alarma que se declare. Estos argumentos han de tenerse por razonados en cuanto a la posición del Defensor del Pueblo, que ha reflexionado durante meses sobre estos problemas y, tras ello, ha fijado una posición institucional expresada en tres ocasiones entre los meses de septiembre y diciembre últimos. En consecuencia, no procede sino reiterarla en este momento, en tanto que tan estado de alarma para hacer frente a la misma gravísima pandemia es el primero como el segundo, y remitir a los documentos publicados al respecto, de fácil acceso y general conocimiento.

Sin embargo, existen en el estado de alarma del 25 de octubre y su única prórroga elementos específicos que, por serlo, no han sido abordados hasta el momento y que, además, han sido alegados por ciudadanos ante el Defensor del Pueblo. Es sobre ellos sobre los que ha de pronunciarse esta Resolución.

Al igual que en la Resolución de 3 de septiembre de 2020, es oportuno recordar que no es objeto del pronunciamiento del Defensor del Pueblo en esta Resolución:

- a) La crítica política a la decisión del Gobierno de declarar de nuevo el estado de alarma ante la crisis sanitaria provocada por el coronavirus covid-19, a la del Congreso de los Diputados al autorizar la prórroga de dicho estado o a las de otras autoridades, nacionales, autonómicas o locales, al gestionarlo.
- b) Las quejas al Defensor del Pueblo por las acciones u omisiones de las administraciones públicas durante el segundo estado de alarma.
- c) Una respuesta al debate sobre si hubiese sido preferible la aplicación de la legislación ordinaria -con o sin reformas *ad hoc*- para supuestos de epidemia, en vez del estado de alarma.

TERCERO. Son tres las cuestiones específicas del segundo estado de alarma decretado en todo el territorio nacional sobre las que procede un pronunciamiento:

- a) Si es conforme a la Constitución que la declaración del estado de alarma pueda ser prorrogada de una vez por más de 15 días.

- b) Si es conforme a la Constitución atribuir competencias, como autoridades en el marco del estado de alarma en todo el territorio nacional, a los presidentes de las comunidades autónomas.
- c) Si es conforme a la Constitución la «concatenación» del estado de alarma decretado en parte de la Comunidad de Madrid entre el 9 y el 24 de octubre de 2020 y el estado de alarma decretado en todo el territorio nacional el 25 de octubre, comprensivo, por tanto, también de la parte de la Comunidad de Madrid a que había afectado el estado de alarma del 9 de octubre, sin una prórroga parlamentaria específica para los municipios de la Comunidad de Madrid a que había afectado la primera quincena de alarma entre los días 9 y 24 de octubre.

CUARTO. Antes de resolver estas cuestiones es preciso recordar lo que disponen la Constitución y la Ley Orgánica 4/ 1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio (LOAES) sobre las autoridades competentes y los plazos relativos al estado de alarma y sus prórrogas. A la luz de estas disposiciones ha de determinarse si lo decidido en el segundo estado de alarma nacional es conforme, a juicio del Defensor del Pueblo, a la Constitución.

El estado de alarma, dice el artículo 116.2 de la Constitución, «será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo». La iniciativa corresponde al Gobierno exclusivamente, pues la dación de cuenta al Congreso de los Diputados («reunido inmediatamente al efecto») lo es a efectos de control político, no de ratificación. Durante el plazo máximo de 15 días la decisión es puramente gubernamental, no hay ni ratificación ni co-decisión parlamentaria.

Sin embargo, la eventual continuidad del estado de alarma más allá del plazo inicial de 15 días exige la autorización del Congreso de los Diputados («sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo»). El término «autorización» induce a pensar que la iniciativa de la prórroga corresponde al Gobierno, que habría de ser autorizado por el Congreso de los Diputados a llevarla a efecto. A partir, pues, del día decimosexto del estado de alarma se refuerza notablemente la voluntad política declaratoria del mismo: ha de concurrir la voluntad del Gobierno y la del Congreso de los Diputados. Nada dice la Constitución sobre la duración de la prórroga. Conforme a la Real Academia Española de la Lengua, «prorrogar» (primera acepción) es «continuar, dilatar, extender algo por un tiempo determinado». Ese tiempo puede ser igual, inferior o superior a la duración inicial de ese «algo». Tampoco se pronuncia la Constitución sobre

el ámbito territorial al que se extienden los efectos de la declaración, remitiéndose al decreto acordado en Consejo de Ministros que declara la alarma y sus prórrogas; dicho ámbito puede ser, pues, la totalidad del territorio nacional o una parte del mismo.

En el estado de alarma, la «autoridad competente» será el Gobierno, quien puede delegar en el presidente de la comunidad autónoma si el estado de alarma afecta solo a esa comunidad, en todo o en parte (artículo séptimo de la LOAES).

En cuanto al control parlamentario en el estado de alarma, como es sabido «solo se podrá prorrogar con autorización expresa del Congreso de los Diputados, que en este caso podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga» (artículo sexto, dos LOAES). No obstante, el control parlamentario existe durante toda la vigencia del estado de alarma, desde el primer momento. Y esto es así en virtud del principio general de que los «estados excepcionales» no interrumpen el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado (artículo primero, cuatro) pero también por la previsión específica de «dación de cuenta» al Congreso de los Diputados de la declaración del estado de alarma, de los decretos que se dicten durante su vigencia y el suministro por el Gobierno al Congreso de la información que le sea requerida (artículo octavo LOAES). Es especialmente importante la plenitud de funciones y de actividad efectiva de las Cortes Generales durante los «estados excepcionales», pues el ineludible y evidente refuerzo del Poder Ejecutivo debe verse equilibrado por una intensa actividad de control del Parlamento.

QUINTO. A la pregunta de si es posible prorrogar el estado de alarma, de una vez, por más de 15 días, ha de responderse afirmativamente.

Por de pronto, así sucedió, sin ser cuestionado, con el estado de alarma de 2010 (huelga de controladores aéreos). En efecto, tras haber sido declarado por el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, con efectos de la misma fecha, el Pleno del Congreso de los Diputados acordó el 16 de diciembre de 2010 conceder la autorización de la prórroga solicitada por el Gobierno; en su virtud, se dictó el Real Decreto 1717/2010, de 17 de diciembre, que prorrogó el estado de alarma hasta las 24 horas del 15 de enero de 2011, sin modificaciones con respecto a los términos de la declaración inicial. La duración total del estado de alarma, pues, fue (con una sola prórroga del plazo inicial de 15 días) de 43 días, los comprendidos entre el 4 de diciembre de 2010 y el 15 de enero de 2011, ambos inclusive. La prórroga del plazo inicial fue superior a 15 días.

Pero lo fundamental es lo que dice la Constitución, que nada dice sobre la duración de la prórroga. Sí lo hace con respecto al estado de excepción (artículo 116.3, 30 días). No lo hace con respecto al estado de alarma.

Corresponde, pues, al Congreso de los Diputados determinar la duración de la prórroga.

Puede optar, como hizo entre marzo y junio de 2020, por prórrogas quincenales. O bien por la prórroga semestral decidida por el Congreso de los Diputados el 29 de octubre, a la vista de la persistencia e intensidad de la pandemia y de las perspectivas pesimistas al respecto que estos meses, desgraciadamente, no parecen desmentir.

Como hemos dicho en el libro «Actuaciones ante la pandemia de covid-19» (Defensor del Pueblo, 10 de diciembre de 2020), «el estado de alarma, como instrumento constitucional, está previsto para situaciones como la actual y no puede rechazarse a priori su idoneidad, sin perjuicio de que, como situación limitativa de derechos que es, exige un riguroso seguimiento, de modo que se garantice el respeto a los principios que, de conformidad con la Ley Orgánica 4/ 1981, lo informan: intervención mínima, proporcionalidad, temporalidad, normalidad y responsabilidad. En términos de respeto a los derechos fundamentales, no sería preocupante un estado de alarma duradero si la extrema gravedad de las circunstancias lo exige; lo grave sería que no se atendiesen los mencionados principios. Lo contrario sería dar más importancia al “contenedor” que al “contenido” al nombre de las cosas que a las cosas mismas».

SEXTO La Constitución establece que el estado de alarma lo declara el Gobierno (artículo 116.2) y subraya la importancia del Congreso de los Diputados como órgano de control. La LOAES, por su parte, previó en el artículo séptimo que, siendo la autoridad competente en el estado de alarma el Gobierno, podía delegar en los presidentes de las comunidades autónomas: «A los efectos del estado de alarma la autoridad competente será el Gobierno o, por delegación de este, el presidente de la comunidad autónoma cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una comunidad».

El Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, dispone en el artículo 2, números 1 y 2, lo siguiente:

1. A los efectos del estado de alarma, la autoridad competente será el Gobierno de la Nación.
2. En cada comunidad autónoma y ciudad con Estatuto de autonomía, la autoridad competente delegada será quien ostente la presidencia de la comunidad autónoma o ciudad con Estatuto de autonomía, en los términos establecidos en este real decreto.

El artículo 13 establece la necesaria coordinación a través del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que preside el Ministro de Sanidad.

El Acuerdo de 29 de octubre de 2020 del Congreso de los Diputados de autorización de la prórroga del estado de alarma ordena al Gobierno introducir un nuevo artículo (el 14) en el Real Decreto 926/2020 (lo que en efecto hizo mediante Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre) del siguiente tenor:

«Artículo 14. Rendición de cuentas.

El presidente del Gobierno solicitará su comparecencia ante el Pleno del Congreso de los Diputados, cada dos meses, para dar cuenta de los datos y gestiones del Gobierno de España en relación a la aplicación del estado de alarma.

El ministro de Sanidad solicitará su comparecencia ante la Comisión de Sanidad y Consumo del Congreso de los Diputados, con periodicidad mensual, para dar cuenta de los datos y gestiones correspondientes a su departamento en relación a la aplicación del estado de alarma.

Asimismo, trascurridos cuatro meses de vigencia de esta prórroga, la conferencia de presidentes autonómicos podrá formular al Gobierno una propuesta de levantamiento del Estado de Alarma, previo acuerdo favorable del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud a la vista de la evolución de los indicadores sanitarios, epidemiológicos, sociales y económicos.»

Como establece la Constitución, la autoridad competente a los efectos del estado de alarma es el Gobierno de la Nación (artículo 2.1 del Real Decreto 926/ 2020, de 25 de octubre). Además, el control político del estado de alarma se hace, en virtud del artículo 14 del Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, por el Congreso de los Diputados sobre el presidente del Gobierno y el Ministro de Sanidad. El levantamiento del estado de alarma se producirá a las cero horas del 9 de mayo de 2021 por ministerio de la ley o antes por decisión, en última instancia, del Gobierno, sin perjuicio de la facultad de propuesta de la conferencia de presidentes autonómicos, previo acuerdo favorable del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud dos meses antes del 9 de mayo Nada impide, a juicio del Defensor del Pueblo , en el marco de la Constitución y de la LOAES, que los reales decretos de la segunda alarma en todo el territorio nacional y su prórroga hayan establecido como autoridades competentes delegadas a los presidentes de las comunidades y ciudades autónomas, cada uno en el ámbito territorial en el que ejerce sus competencias. Y ello por un triple orden de razones:

- Primero, porque el artículo 7 de la LOAES hace posible que los presidentes sean «autoridades competentes delegadas». En este sentido, el adverbio «exclusivamente» de este artículo puede ser interpretado en el sentido de que, como es lógico, la competencia territorial solo puede ejercitarse dentro del territorio de cada comunidad o ciudad y no fuera de ella. No habría diferencia sustancial alguna entre 19 estados de alarma simultáneos en las 19 comunidades y ciudades autónomas, con los presidentes como «autoridades competentes delegadas», declarados por el Gobierno de la Nación, y un solo estado de alarma en todo el territorio nacional, declarado por el Gobierno de la Nación, con tales «autoridades competentes delegadas». Parece más razonable y operativo lo segundo, teniendo

en cuenta las facultades de coordinación del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, nuestro modelo de Estado y la naturaleza de esta pandemia.

- Segundo, porque puede interpretarse que no se ha producido tanto la entrada en juego de la frase final del artículo 7 de la LOAES («o, por delegación de este, el presidente de la comunidad autónoma cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una comunidad») como la primera frase («A los efectos del estado de alarma la autoridad competente será el Gobierno»).

En efecto, el Real Decreto 926/ 2020, que declara el estado de alarma, es claro: «A los efectos del estado de alarma, la autoridad competente será el Gobierno de la Nación» (artículo 2.1). Lo que sucede es que, si en el primer estado de alarma nacional (Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo) fueron «autoridades competentes delegadas» cuatro ministros del Gobierno (Defensa, Interior, Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, y Sanidad, artículo 4.2) ahora lo son 19 presidentes de comunidades y ciudades autónomas (que ya habían asumido competencias en el anterior estado de alarma nacional, en el marco de la llamada «desescalada»). No puede objetarse, desde una perspectiva constitucional, una decisión de esta naturaleza, por razones tanto operativas como coherentes con nuestro modelo de Estado y con la fase final de la anterior alarma, en la primavera de 2020.

- Tercero, porque las atribuciones de las «autoridades competentes delegadas» encuentran su límite, formal y de fondo, en lo dispuesto en los Reales Decretos 926/2020 y 956/2020, es decir, en lo dispuesto por el Gobierno y el Congreso de los Diputados para este estado de alarma. Medidas que se han planteado y no tienen encaje en los reales decretos citados (como confinamientos domiciliarios similares a los de marzo de 2020) no han podido ser adoptadas. Lejos de toda idea de dispersión o descoordinación, estas designaciones de «autoridades competentes delegadas» -que pueden adoptar decisiones distintas en cada comunidad o ciudad autónoma, según las circunstancias concurrentes en la pandemia en cada territorio- no se sustraen a los principios de jerarquía normativa (artículo 9.3), descentralización y coordinación (artículo 103.1) de la Constitución.

SÉPTIMO Queda por dirimir si es conforme a la Constitución la «concatenación» del estado de alarma decretado en parte de la Comunidad de Madrid entre el 9 y el 24 de octubre de 2020 y el estado de alarma decretado en todo el territorio nacional el 25 de octubre, comprensivo, por tanto, también de la parte de la Comunidad de Madrid a que había afectado el estado de alarma del 9 de octubre, sin una prórroga parlamentaria específica para los municipios de la Comunidad de Madrid a que había afectado la primera quincena de alarma entre los días 9 y 24 de octubre.

Sostiene uno de los ciudadanos comparecientes que el estado de alarma es «gubernamental» los 15 primeros días y «parlamentario» desde el décimosexto y que, en el caso de algunos municipios de la Comunidad de Madrid, se habría producido una suerte de «prórroga gubernamental», no permitida por la Constitución, al suceder al Real Decreto 900/2020, de 9 de octubre, que declaró el estado de alarma en parte de la Comunidad de Madrid y que dejó de surtir efectos en la tarde del 24 de octubre, el Real Decreto 926/ 2020, que declaró el estado de alarma en todo el territorio nacional (también en esa parte de la Comunidad de Madrid) en la tarde del 25 de octubre. Y que lo que habría que haber hecho es pedir la prórroga parlamentaria el 24 de octubre, para la parte de Madrid que ya llevaba quince días en estado de alarma (y para el resto del territorio nacional), en orden a no hurtar al Congreso de los Diputados la facultad de prórroga. Tal argumento se sustenta en la «identidad» del estado de alarma del 9 de octubre y el del 25, al ser presupuesto de hecho la misma grave pandemia.

Hay que hacer notar que, de admitir la tesis de una presunta ilegalidad del estado de alarma declarado en Madrid (y en el resto de España) el 25 de octubre, por falta de intervención parlamentaria, tal ilegalidad habría quedado subsanada el 29 de octubre, que es cuando el Pleno del Congreso vota la prórroga del estado de alarma del 25 de octubre y, por tanto, avala políticamente lo que prorroga, lo que significaría una más que notable diligencia en la «subsanción».

Sin embargo, ha de rechazarse que haya identidad entre los estados de alarma «regional» y «nacional» citados.

Es presupuesto de hecho en ambos la misma enfermedad, la causada por el virus covid-19, pero hay un presupuesto de hecho de naturaleza jurídica específico del estado de alarma «regional» (el hecho de haberse dictado determinada resolución judicial, el Auto 308/2020, de 8 de octubre, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 8, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid) que fue la *ratio decidendi* para que el Gobierno, que entendía imprescindibles determinadas medidas de salud pública para combatir la pandemia, declarase el estado de alarma en Madrid capital, Alcobendas, Alcorcón, Fuenlabrada, Getafe, Leganés, Móstoles, Parla y Torrejón de Ardoz.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid finalizaba el Auto citado diciendo: «La Sala es consciente de la gravedad de la crisis sanitaria sin precedentes, ante la que se enfrentan los poderes públicos y que padece nuestra sociedad, constatada ya el 11 de marzo de 2020, cuando la Organización Mundial de la Salud elevó la situación de emergencia de salud pública ocasionada por el covid-19 a pandemia internacional. También lo es de la necesidad de adoptar medidas inmediatas y eficaces de diversa índole para proteger la salud de los ciudadanos, contener la propagación de la enfermedad y reforzar el Sistema Nacional de Salud, entre las que cabría incluir medidas limitativas de derechos fundamentales de mayor o menor alcance. Para ello nuestro

sistema constitucional articula instrumentos jurídicos de diversa naturaleza que ofrecen cauces jurídicos diferentes para delimitar, modular, restringir, e incluso suspender los derechos fundamentales de las personas, respetuosos con las garantías constitucionales». Y, en la parte dispositiva, acordaba «Denegar, en cuanto afecten a derechos y libertades fundamentales, la ratificación de las medidas acordadas en el apartado tercero de la Orden 1273/2020, de 1 de octubre, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas en determinados municipios de la Comunidad de Madrid en ejecución de la Orden del Ministerio de Sanidad, de 30 de septiembre de 2020, por la que se aprueban actuaciones coordinadas en salud pública».

No por la esencia de las medidas, sino por la insuficiencia de la cobertura jurídica para adoptarlas.

El Real Decreto 900/2020, que declaró el estado de alarma en los municipios citados, dice en el apartado III, *in fine*, del Preámbulo:

«La Comunidad de Madrid es la única comunidad autónoma que, encontrándose algunos de sus municipios en las circunstancias previstas en la Declaración de Actuaciones Coordinadas de 30 de septiembre de 2020, no ha visto ratificada judicialmente la medida de restricción en relación con la entrada y salida de los municipios afectados prevista en la Orden que aprobó en el ejercicio de las competencias que le son propias (Orden 1273/ 2020, de 1 de octubre, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas en determinados municipios de la Comunidad de Madrid en ejecución de la Orden Ministro de Sanidad, de 30 de septiembre de 2020, por la que se aprueban actuaciones coordinadas en salud pública).

Teniendo en cuenta que en relación con dicha Orden de la Comunidad de Madrid, la autoridad judicial no ha ratificado la medida referida a la limitación de la entrada y salida de personas de los municipios afectados, única medida contemplada en Orden 1273/ 2020, de 1 de octubre, de la Consejería de Sanidad susceptible de ratificación o autorización judicial por limitar o restringir derechos fundamentales, resulta necesario ofrecer una cobertura jurídica puntual e inmediata que resulte suficiente para continuar con la aplicación de esta medida, ante la grave situación epidemiológica existente en los municipios afectados y con el fin de evitar el riesgo que se ocasionaría en caso de ser posible continuar con su aplicación.

Por ello, el presente real decreto regula específicamente la medida referida a la restricción de entrada y salida de los municipios en los que concurren las circunstancias señaladas anteriormente y lo hace con la única y exclusiva finalidad de proteger la salud de la población».

En conclusión, la necesidad de dar cobertura jurídica suficiente «puntual e inmediata» a la adopción de medidas en Madrid que ya se estaban adoptando por otras

comunidades autónomas en identidad de situación con autorización judicial, y que en Madrid, en cumplimiento del Auto 308/2020 citado del Tribunal Superior de Justicia, reclamaba «cauces jurídicos diferentes para limitar, modular, restringir derechos fundamentales...», dota al estado de alarma declarado el 9 de octubre de 2020 en nueve municipios de la Comunidad de Madrid de presupuestos y perfiles propios que impiden entender que haya «concatenación» con el decretado en toda España el 25 de octubre.

En virtud de todo lo expuesto se adopta la siguiente

RESOLUCIÓN

Previo el preceptivo informe de la Junta de Coordinación y Régimen Interior en su reunión del día 20 de enero de 2021, y con pleno respeto a cualquier otra opinión diferente, el Defensor del Pueblo (e.f.) resuelve en relación con la previsión contenida en el artículo 162.1.a) de la Constitución española y el artículo 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, no interponer recurso de inconstitucionalidad contra 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; la Resolución del 29 de octubre de 2020 del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de autorización de la prórroga del estado de alarma declarado por el Real Decreto citado; y el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre, de prórroga del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre.

Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria

Dos particulares solicitaron la interposición de un recurso contra una modificación operada en la Ley General de la Seguridad Social por la disposición final tercera del Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria. La modificación introduce en dicha ley general una nueva disposición adicional, la trigésima primera, que limita a tres meses el periodo para devolución de cuotas ingresadas indebidamente, cuando se produce una variación de los datos de cotización con posterioridad al plazo previsto para ello. La anterior previsión contemplaba la devolución de los ingresos indebidos afectados por la variación de datos hasta los cuatro años precedentes.

Se argumentaron por los solicitantes varios motivos de inconstitucionalidad que, una vez sopesados, no fueron considerados de suficiente entidad para la presentación del correspondiente recurso de inconstitucionalidad, con base en los fundamentos jurídicos de la resolución. Entre esos motivos se señalaba que la referida modificación legal infringía previsiones de dos normas reglamentarias, por tanto, de inferior rango legal, los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, sin especificación, y varios preceptos constitucionales: el artículo 86.1 (uso inadecuado del decreto ley para la afectación de derechos fundamentales) y el artículo 9.3 (en su vertiente de interdicción de la arbitrariedad, y en lo relativo a los principios de seguridad jurídica, de no retroactividad de las normas restrictivas de derechos y de confianza legítima, por la ausencia de unas normas transitorias de aplicación).

ANTECEDENTES

PRIMERO. Mediante escrito que tuvo su entrada en esta institución el día 20 de enero de 2021, la persona compareciente solicita la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el apartado primero de la disposición final tercera del Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria, que modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, al añadir una disposición adicional, la trigésima primera, sobre devolución de cuotas en supuestos de variación de datos de empresas y trabajadores comunicados fuera de plazo.

El tenor literal del apartado primero de la disposición final tercera del Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, relativa a la modificación del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, es el siguiente:

«Uno. Se añade una disposición adicional, la trigésima primera, en los siguientes términos:

Disposición adicional trigésima primera. Devolución de cuotas en supuestos de variación de datos de empresas y trabajadores.

Cuando se solicite fuera de plazo reglamentario una variación de los datos aportados con anterioridad o una corrección de los mismos, tanto de empresarios como de trabajadores, y proceda la devolución de las cuotas ingresadas, únicamente se tendrá derecho al reintegro del importe que corresponda a las tres mensualidades anteriores a la fecha de la solicitud».

SEGUNDO. El solicitante del recurso alega los siguientes cinco motivos de inconstitucionalidad:

1. La modificación legal vulnera, en su opinión, los artículos 44 del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, 37.1 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, y 7.1 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

Con anterioridad a la reforma y de acuerdo con los preceptos reglamentarios citados, si la variación de datos repercutía en la cotización podía solicitarse la devolución de cualquier ingreso indebido de cuotas producido en los cuatro años previos a la fecha de solicitud, con independencia de que la devolución derivase de una variación de datos comunicada dentro o fuera del plazo reglamentario. Según el interesado, la reforma legal introduce, en los supuestos de variaciones de datos comunicadas fuera del plazo reglamentario, un claro desequilibrio entre el ciudadano y la Administración, en tanto aquel solo puede reclamar tres meses de devoluciones de ingresos indebidos de cuotas, mientras la Administración puede reclamar las diferencias en cuotas correspondientes a los cuatro años previos.

Ilustra este desequilibrio explicando que si la empresa comunicara fuera de plazo a la Tesorería General de la Seguridad Social una base de cotización de un empleado menor a la real en los seis meses anteriores puede y debe rectificar el dato, lo que reducirá cualquier prestación asociada a ese periodo de cotización, mientras que si la base de cotización comunicada es mayor que la real la empresa y el trabajador tendrán derecho únicamente a la devolución de los importes de cuotas correspondientes a los

tres meses previos. Considera el solicitante que de esta forma la Tesorería General de la Seguridad Social recibe ingresos respecto a los que no hay contraprestación, lo que a su juicio supone un enriquecimiento injusto.

2. Afirma que este desequilibrio restringe también las libertades fundamentales recogidas en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, sin especificar las concretas libertades a las que se refiere ni los preceptos del Tratado que estima vulnerados, ni tampoco las razones de la presunta vulneración.

3. Esgrime, en tercer lugar, que la disposición adicional trigésima primera añadida a Ley General de la Seguridad Social, al haber sido aprobada por decreto-ley, vulnera el artículo 86 de la Constitución ya que incide en los derechos y libertades de los ciudadanos contenidos en su Título primero. No especifica los concretos derechos del Título I que resultarían vulnerados ni argumenta por qué, refiriéndose otra vez y como único argumento al desequilibrio entre la posición de la Seguridad Social y la del sujeto obligado al pago de la cuota, desequilibrio que considera «una merma de derechos palmaria», con «afectación a la naturaleza de los derechos de la ciudadanía».

Asimismo estima que no está suficientemente justificada la extraordinaria y urgente necesidad que exige el artículo 86 de la Constitución para la aprobación de la reforma por decreto-ley porque la exposición de motivos no justifica la urgencia de la medida. Subraya que la exposición de motivos, simple y llanamente, transcribe el contenido de la propia disposición final tercera como justificación de la misma, adoleciendo por tanto esta de la necesaria acreditación de su carácter urgente.

4. El interesado encuentra un cuarto motivo de inconstitucionalidad de la reforma en la vulneración del artículo 9.3 de la Constitución en su vertiente de interdicción de la arbitrariedad. A su juicio, es evidente que no existe un interés público para la aprobación de la disposición adicional trigésima primera de la Ley General de la Seguridad Social, más allá del afán recaudatorio, que, según afirma, excede de los principios y valores constitucionales.

5. Por último, y como quinto motivo de inconstitucionalidad, considera que la falta de previsión de un derecho transitorio vulnera los principios de seguridad jurídica, de no retroactividad de las normas restrictivas de derechos y de confianza legítima.

FUNDAMENTOS

PRIMERO. Respecto al primer motivo alegado, sin entrar en el análisis de la contradicción que según el solicitante existe entre el Real Decreto-ley y los Reglamentos citados y sin necesidad de mayor desarrollo argumental, esta institución debe recordar que el principio de jerarquía normativa, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución,

proscribe que una norma de rango inferior contravenga lo dispuesto en una de rango superior, no al contrario.

De acuerdo con este principio, las disposiciones de rango superior han de prevalecer en todo caso sobre las de rango inferior. En consecuencia, las normas con rango de ley pueden modificar el ordenamiento jurídico al regular una concreta materia de forma distinta e incluso opuesta a cómo estuviera regulada por un reglamento anterior, sin que eso implique infracción constitucional alguna ni tampoco de legalidad, debiendo en ese caso dejarse sin aplicación el contenido de las disposiciones reglamentarias que contradigan lo establecido en la norma legal.

Por eso, el artículo 128, apartados 2 y 3, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, establece que los reglamentos y disposiciones administrativas no podrán vulnerar la Constitución o las Leyes ni regular aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas; que ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de rango superior y que las disposiciones administrativas se ajustarán al orden de jerarquía que establezcan las leyes. Si las disposiciones reglamentarias resultan contrarias a la Constitución o a una norma con rango de ley su control corresponde a los Jueces y Tribunales, que están en la obligación de inaplicarlos.

Todo lo anterior se recoge, de forma pacífica, en la doctrina del Tribunal Constitucional desde sus inicios (AUTOS 34/1981, FJ 3; 292/1983, 788/1988, FJ único; SSTC 83/1984, FJ 2; 91/1998, FJ 2; 198/2012, FJ 2 a), y 61/2016, FJ 6, entre otros muchos ejemplos).

En cuanto al desequilibrio entre el ciudadano y la Administración, alegado por el solicitante, en tanto el sujeto obligado al pago de la cuota solo puede reclamar tres meses de devoluciones de ingresos indebidos mientras la Tesorería de la Seguridad Social puede reclamar diferencias en cuotas de hasta los cuatro años previos a la solicitud, hay que recordar que la Administración Pública asume el servicio objetivo de los intereses generales de acuerdo con el principio de eficacia (artículo 103.1 de la Constitución) y que para ello la ley le otorga con frecuencia potestades exorbitantes del derecho común que rige entre los sujetos privados.

Dispone la Administración de un cuadro de prerrogativas y poderes de actuación de los que no dispone el sujeto privado, por lo que la relación entre la Administración pública y el ciudadano no es simétrica. Estas prerrogativas y privilegios conviven con limitaciones, que son a su vez garantías para el ciudadano: la Administración no puede actuar sin habilitación legal, no puede ser arbitraria o parcial, no puede formar libremente su voluntad pues debe observar para ello un procedimiento en su actuación previamente

establecido, existe un sistema de recursos administrativos y jurisdiccionales y todos sus actos están sometidos al control jurisdiccional, se somete entre otros al principio de igualdad, puede incurrir en responsabilidad patrimonial por las lesiones en los bienes y derechos y se prevén mecanismos de indemnización ante decisiones de carácter expropiatorio, por citar los límites y garantías más relevantes.

Son muchos los ejemplos en el ámbito de la Seguridad Social, y también en el tributario y en otros ámbitos del derecho administrativo, en los que la posición de la Administración es ventajosa respecto a la de los ciudadanos obligados a cumplir ciertas obligaciones públicas. Esa prerrogativa o ventaja no supone en sí misma un vicio de inconstitucionalidad y encuentra su justificación en la satisfacción de los intereses públicos que persigue la Administración con su actividad.

Sirvan de ejemplo, en un ámbito análogo al que se está evaluando, el de la prescripción, caducidad y reintegro de prestaciones indebidas, los artículos 53.1 y 55 de la Ley General de la Seguridad Social (texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

Estipulan que el derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la misma ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud. Si el contenido económico de las prestaciones ya reconocidas resultara afectado con ocasión de solicitudes de revisión de las mismas, los efectos económicos de la nueva cuantía tendrán una retroactividad máxima de tres meses desde la fecha de presentación de dicha solicitud.

Esta regla de retroactividad máxima no operará en los supuestos de rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos ni cuando de la revisión derive la obligación de reintegro de prestaciones indebidas a la que se refiere el artículo 55. En este último caso, la obligación prescribe a los cuatro años, contados a partir de la fecha de su cobro, o desde que fue posible ejercitar la acción para exigir su devolución, con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la entidad gestora

Es decir, la retroactividad máxima de tres meses opera respecto al ciudadano para el efecto económico de las prestaciones, pero no para la Administración de la Seguridad Social en el caso de que el ciudadano las haya percibido indebidamente, situación en la que la Administración podrá reclamarlas hasta los cuatro años previos.

Debe tenerse también en consideración que el principio de reparto, que rige en la organización financiera del Sistema de Seguridad Social español, consiste en el

establecimiento de una solidaridad entre generaciones, de forma que cada año se pagan las prestaciones correspondientes a las contingencias materializadas durante este periodo con cargo a los recursos financieros existentes en ese momento. Es decir, los ingresos que recibe el sistema no se destinan a sufragar las futuras situaciones de necesidad, sino que se aplican a las prestaciones actuales, es decir se destinan a los sujetos que se encuentran ahora en situación de necesidad. No se trata de un sistema de capitalización de las aportaciones individuales, propia de la técnica del seguro privado, en la que el sujeto las recibirá como prestaciones para atender sus necesidades futuras. No hay en consecuencia una equivalencia absoluta entre lo contribuido y lo recibido y no cabe hablar de enriquecimiento injusto.

SEGUNDO. Por lo que se refiere a la alegación de que la modificación legal operada vulnera el Tratado Fundacional de la Unión Europea, es jurisprudencia constitucional consolidada que el derecho europeo no se integra -ni en virtud del artículo 93, ni del artículo 96.1 de la Constitución- en los parámetros de constitucionalidad a que están sometidas las leyes, de modo que no corresponde al juicio de constitucionalidad apreciar la eventual conformidad de la normativa cuestionada con el derecho de la Unión Europea, que tiene, en todo caso, sus propios cauces. La infracción del derecho de la Unión Europea queda extramuros del Tribunal Constitucional (entre otras, SSTC 215/2014, FJ 3 a), y 103/2015, FJ 3).

TERCERO. El artículo 86.1 de la Constitución impide que con un decreto-ley queden afectados los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I. Sin embargo, el Defensor del Pueblo no aprecia qué concreto derecho de los contenidos en el Título I quedaría afectado por el apartado primero de la disposición final tercera del Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, ni las razones de dicha afectación, que el recurrente alega pero no especifica ni explica.

Cuando lo que está en juego es la depuración del ordenamiento jurídico, y ante la gravedad de la afirmación de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, el solicitante de un recurso de inconstitucionalidad ante el Defensor del Pueblo ha de desarrollar una argumentación suficiente que permita a esta institución analizar debidamente las cuestiones que se suscitan. No debe estimarse una pretensión que solo descansa en la mera aseveración genérica de una supuesta afectación a los derechos y libertades del Título I de la Constitución. La solicitud de interposición de un recurso de inconstitucionalidad exige un análisis que haga referencia a los preceptos constitucionales presuntamente vulnerados y las razones jurídicas por las que se estima concurre tal vulneración.

Sentado lo anterior, conviene añadir que el Tribunal Constitucional ha rechazado una interpretación extensiva del límite material del decreto-ley (afectación a los derechos y libertades del Título I, fijado en el artículo 86.1 de la Constitución) que supondría el

vaciamiento de la figura, haciéndolo «inservible para regular con mayor o menor incidencia cualquier aspecto concerniente a las materias incluidas en el Título I de la Constitución». La cláusula restrictiva debe ser entendida de modo que no se reduzca a la nada el decreto-ley. Por tanto, lo que se prohíbe constitucionalmente es que se regule un régimen general de estos derechos, deberes y libertades o que vaya en contra del contenido o elementos esenciales de algunos de tales derechos (STC 111/1983, FJ 8, confirmada por otras posteriores SSTC 60/1986 FJ 4; 182/1997 FJ 6; 137/2003, FJ 6; 108/2004, FJ 7, y 329/2005, FJ 8).

La nueva regulación, sobre devolución de ingresos indebidos de cuotas en supuestos de variación de datos de empresas y trabajadores, introducida como disposición adicional trigésima primera en la Ley General de la Seguridad Social por la disposición final tercera del Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, no supone un desarrollo directo y con vocación de generalidad de las vertientes individual e institucional de ninguno de los derechos del Título I ni tampoco de sus aspectos esenciales. No entra en un ámbito vedado al decreto-ley y tampoco supone una «afectación» en el sentido constitucional del término y, por lo tanto, no franquea los límites materiales del decreto-ley impuestos por el artículo 86.1 de la Constitución.

En cuanto al presupuesto habilitante de extraordinaria urgencia y necesidad, la apreciación de su concurrencia constituye un juicio político que corresponde efectuar al Gobierno (titular constitucional de la potestad legislativa de urgencia) y al Congreso (titular de la potestad de convalidar, derogar o tramitar el texto como proyecto de ley).

El Tribunal Constitucional efectúa un control jurisdiccional ex post, y tiene por misión velar por que el Gobierno no se haya apartado del margen de apreciación concedido por la Constitución, esto es, que se mantenga dentro de la situación de extraordinaria y urgente necesidad. Se trata de un «control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno» (STC 142/2014, FJ 3, y las que allí se citan). El Tribunal controla que ese juicio político no desborde los límites de lo manifiestamente razonable, pero «el control jurídico de este requisito no debe suplantar a los órganos constitucionales que intervienen en la aprobación y convalidación de los Reales Decretos-Leyes» (SSTC 182/1997, FJ 3; 332/2005, FJ 5, y 1/2012, FJ 6).

En cuanto a la definición de la situación de urgencia, el Tribunal Constitucional ha precisado que no es necesario que tal definición expresa de la extraordinaria y urgente necesidad haya de contenerse siempre en el propio decreto-ley, sino que tal presupuesto cabe deducirlo igualmente de una pluralidad de elementos. A este respecto, conviene recordar que el examen de la concurrencia del presupuesto habilitante siempre se ha de llevar a cabo mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar la disposición legal excepcional y que son,

básicamente, los que quedan reflejados en la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma (SSTC 29/1982, FJ 4; 182/1997, FJ 4; 11/2002, FJ 4, y 137/2003, FJ 3).

En ese sentido, generalmente, el Tribunal Constitucional ha venido admitiendo el uso del decreto-ley en situaciones que ha denominado como «coyunturas económicas problemáticas», para cuyo tratamiento representa un instrumento constitucionalmente lícito, en tanto que pertinente y adecuado para la consecución del fin que justifica la legislación de urgencia, que no es otro que subvenir a «situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes» (SSTC 31/2011, FJ 4; 137/2011, FJ 6; 100/2012, FJ 8; 83/2014 FJ 4, y 199/2015, FFJJ 5 y 6).

Además, de la doctrina anterior puede deducirse que en los reales decretos-leyes ómnibus o transversales, como el Real Decreto-ley 35/2020, la heterogeneidad de medidas adoptadas puede impedir al legislador de urgencia una justificación específica de todas y cada una de las normas legales adoptadas, quedando subsumida la justificación específica dentro de la justificación genérica, siempre con la condición de no resultar esta última forzada.

A la vista de esta doctrina constitucional, el Defensor del Pueblo estima que se ha cumplido la exigencia de explicitar y razonar, de forma suficiente, la existencia de una situación extraordinaria y urgente que justifica la necesidad de dictar la disposición final tercera, apartado primero, del Real Decreto-ley 35/2020. En efecto, se ha ofrecido una justificación general, que se proyecta sobre la totalidad de la norma, incluida la disposición final cuestionada, basada en la crisis sanitaria provocada por el SARS-CoV-2 que ha cambiado por completo el escenario económico mundial.

Las medidas de distanciamiento físico y limitaciones a la movilidad, necesarias y efectivas para controlar la transmisión del virus, tienen un enorme impacto en la actividad productiva y en el empleo y han conllevado una ampliación de la protección social a través de prestaciones de Seguridad Social cuya viabilidad y sostenimiento depende en su nivel contributivo de las cotizaciones sociales. Las prestaciones de la Seguridad Social han constituido en 2020 una herramienta clave para la protección de los trabajadores asalariados y los autónomos frente a la crisis económica causada por la covid-19, protección que ha sido reforzada de forma notable ante el impacto negativo de la emergencia sanitaria en el empleo y la actividad económica. No debe olvidarse que, para hacer frente a los efectos de la pandemia, este aumento y refuerzo de las prestaciones que ofrece el Sistema de Seguridad Social, que implica un considerable aumento de los gastos, se ha ido aprobando por la vía de urgencia, lo que bien puede

tener un mínimo contrapeso en el capítulo de los ingresos, también vía legislación de urgencia.

Resulta evidente que la pandemia sirve para justificar globalmente múltiples medidas en muy diversos ámbitos adoptadas por distintos Ejecutivos haciendo uso de sus facultades para dictar medidas legislativas. En este contexto, de crisis sanitaria y económica, y ante el refuerzo notable de las prestaciones, el legislador ha considerado una necesidad extraordinaria y urgente afrontar con celeridad y eficacia una modificación a favor de la Administración en el alcance de las devoluciones de cuotas por variaciones en los datos de los trabajadores y empresarios comunicadas fuera de plazo, modificación que simplifica la recaudación de la Seguridad Social en su nivel contributivo, al facilitar la gestión de las cuotas debidas por los sujetos pasivos y responsables de las mismas, y con ello introduce un instrumento efectivo más en el conjunto de salvaguardias del Sistema de Seguridad Social.

Planteada en estos términos la cuestión, entiende el Defensor del Pueblo que la situación de pandemia y su enorme impacto económico, con el que se vincula de manera directa la protección social prevista en nuestro ordenamiento a través de las prestaciones de Seguridad Social, que en su nivel contributivo se financia a través de las cuotas resultantes de las cotizaciones, sirve para considerar existente el presupuesto habilitante exigido por el artículo 86.1 de la Constitución para la adopción de la reforma mediante decreto-ley.

CUARTO. Ha advertido el Tribunal Constitucional, de manera reiterada, que la denuncia de arbitrariedad de las leyes ha de ser analizada con prudencia para evitar que el artículo 9.3 de la Constitución como parámetro de control imponga constricciones indebidas al legislador legislativo y respete sus opciones políticas.

El pluralismo político y la libertad de configuración del autor de la ley son también bienes constitucionales a proteger. De ahí que el Tribunal exija dos condiciones: por un lado, quien invoque la vulneración de la interdicción de la arbitrariedad debe razonarlo en detalle, más allá de la mera discrepancia, ofreciendo una justificación en principio convincente para destruir la presunción de constitucionalidad de la ley impugnada; y, por otro, desde un punto de vista material, que la arbitrariedad denunciada sea el resultado de una discriminación normativa, o carezca por completo de explicación racional. En síntesis, la arbitrariedad denunciada ha de ser el resultado bien de una discriminación normativa, bien de la carencia absoluta de explicación racional de la medida adoptada. [SSTC 99/1987, FJ 4 a); 227/1988, FJ 5; 239/1992, FJ 5; 233/1999, FJ 12; 73/2000, FJ 4; 104/2000, FJ 8; 13/2007, FJ 4; 45/2007, FJ 4; 49/2008, FJ 5; 148/2012, FJ 15; 19/2013, FJ 2; 20/2013, FJ 7; 64/2013, FJ 5; 155/2014, FJ 6; 197/2014, FJ 5; 15/2015, FJ 4; 38/2016, FJ 8, y 98/2018, FJ 5, entre otras].

Teniendo en cuenta estos criterios, unido a que para sustentar su reproche de constitucionalidad el solicitante alude exclusivamente al «afán recaudatorio» de la reforma introducida por el Real Decreto-ley 35/2020, afán o mejor finalidad que el Defensor del Pueblo considera constitucional y legítima, siendo precisamente la obligación de comunicar las variaciones de datos de los trabajadores y empresarios un mecanismo necesario para la adecuada recaudación de las cuotas derivadas de las cotizaciones sociales, elemento esencial del del Sistema de Seguridad Social en su nivel contributivo, no puede concluirse que la disposición cuestionada vulnere el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, pues en modo alguno puede decirse que la previsión cuestionada implique una discriminación normativa o carezca de explicación racional.

El fin buscado por la nueva disposición adicional trigésima primera de la Ley General de la Seguridad Social es limitar el alcance de la devolución de cuotas en aquellos casos en que su procedencia se derive de solicitudes de variación o corrección de datos de Seguridad Social efectuadas fuera de plazo reglamentario. Limita el derecho al reintegro al importe que corresponda a las tres mensualidades anteriores a la fecha de la solicitud, y con ello refuerza la eficacia y racionalización en la gestión de las variaciones de datos por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social, datos necesarios para determinar la base de cotización y la cuota resultante, facilitando así su actuación administrativa, algo que ni es irracional ni prohíbe la Constitución ni implica ninguna discriminación normativa.

Téngase cuenta que no resulta pertinente en el juicio de constitucionalidad realizar un análisis de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias. No corresponde al Tribunal Constitucional interferir en el margen de apreciación que corresponde al legislador democrático ni examinar la oportunidad de la medida legal para decidir si es la más adecuada o la mejor de las posibles, sino únicamente examinar si la decisión adoptada es plenamente irrazonable o carente de toda justificación (entre otras, SSTC 233/1999, FJ 11; 73/2000, FJ 4; 96/2002, FJ 6; 156/2014, FJ 6; 215/2014, FJ 4; 100/2015, FJ 5, y 118/2016, FJ 4).

QUINTO. El solicitante del recurso alude en último lugar a una presunta vulneración del principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales y al principio de seguridad jurídica en su vertiente de protección de la confianza legítima.

El principio de irretroactividad de las leyes, también recogido en el artículo 9.3 de la Constitución, está referido exclusivamente a las leyes sancionadoras o restrictivas de derechos individuales. Fuera de estos dos ámbitos, nada impide constitucionalmente al legislador dotar a la ley del grado de retroactividad que considere oportuno, entre otras razones porque la interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad conduciría a situaciones de congelación o petrificación del ordenamiento jurídico, lo que resulta

inadmisible (SSTC 108/1986, FJ 17; 99/1987, FJ 6, y 173/1996, FJ 3, entre otras muchas).

El Tribunal Constitucional ha interpretado de manera constante que la expresión «restricción de derechos individuales» se refiere a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas del Título I de la Constitución o en la esfera general de protección de la persona (SSTC 104/2000, FJ 6; 131/2001, FJ 5; 112/2006, FJ 17; 89/2009, FJ 4; 90/2009, FJ 4, y 100/2012, FJ 10, entre otras). Como ya se ha dicho en el fundamento jurídico tercero, el Defensor del Pueblo no aprecia que la nueva regulación relativa a las variaciones de datos comunicadas fuera de plazo incida, afecte o restrinja ningún derecho de los contenidos en Título I de la Constitución. El solicitante del recurso tampoco lo concreta ni desarrolla.

Pero incluso aunque así fuera, lo que el artículo 9.3 de la Constitución prohíbe es «la incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad» (STC 42/1986). Como ha reiterado el Tribunal Constitucional, la irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas [por todas, SSTC 99/1987, FJ 6 b); 178/1989, FJ 9; 112/2006, FJ 17; 49/2015, FJ 4, y 51/2018, FJ 4].

La disposición legal cuestionada no pretende anudar efectos a situaciones producidas o desarrolladas con anterioridad a su entrada en vigor (la llamada retroactividad auténtica), ni incide sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas (retroactividad impropia).

Estamos ante una norma cuyos efectos se despliegan respecto a las variaciones de datos que se comuniquen a la Tesorería General de la Seguridad Social fuera de plazo a partir del 24 de diciembre de 2020, fecha de su entrada en vigor, no para aquellas comunicadas antes de esa fecha. El alcance de la disposición adicional trigésima primera de la Ley General de la Seguridad Social no afecta a supuestos de variación de datos fuera de plazo que hubieran sido comunicados antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley 35/2020, el 24 de diciembre de ese año. Bajo su ámbito de aplicación no hay por tanto devoluciones de cuotas nacidas al amparo de la normativa anterior o que no se hayan consumado o agotado a la entrada en vigor de la nueva. Téngase en cuenta que el derecho a la devolución de cuotas con origen en una variación de los datos aportados con anterioridad o en una corrección de los mismos no se genera antes de su comunicación a la Tesorería de la Seguridad Social, con independencia de que se retrotraigan sus efectos con un determinado alcance temporal.

Con relación a la vulneración del principio de seguridad jurídica en su vertiente de protección de la confianza legítima, alegado asimismo por el solicitante, el Tribunal Constitucional ha venido manteniendo desde hace muchos años que el principio de seguridad jurídica no puede entenderse como un derecho de los ciudadanos al mantenimiento de un determinado régimen (STC 126/1987, FJ 11, con relación a un cambio en una norma fiscal), interpretación que ha aplicado en general a cualquier ámbito normativo, razonando que la seguridad jurídica y la confianza legítima que de ella deriva, no permiten consagrar un pretendido derecho a la congelación del ordenamiento jurídico existente [SSTC 182/1997, FJ 13; 332/2005, FJ 17; 237/2012, FJ 9 c), y 183/2014, FJ 3]» ni «tampoco garantiza[n] ... que en todo caso las modificaciones legislativas que se efectúen deban realizarse de modo que sean previsibles para sus destinatarios» (ATC 84/2013, FJ 3).

Es indudable que las normas jurídicas vigentes en cada momento inciden en la forma en que los ciudadanos programan sus conductas, pero no hay un derecho a la inmutabilidad del ordenamiento jurídico. En palabras del Tribunal Constitucional, «el legislador del pasado no puede vincular al legislador del futuro y, por tanto, no existe un genérico derecho al mantenimiento de la Ley y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas nacidas a su amparo» (STC 56/2016, FJ 3).

No cabe pues una invocación en abstracto de la confianza legítima cuando no se está frente a conductas, decisiones o actuaciones que se puedan considerar defraudadas o cuyos resultados se hayan visto alterados a posteriori, pues no se protege la confianza legítima en abstracto, sino la de quienes han realizado actuaciones en la confianza del mantenimiento de un determinado régimen jurídico (STC 181/2016, FJ 5). El principio solo impide quebrantar en perjuicio de los derechos del ciudadano la confianza que hubiera sido generada por un acto del poder público conforme al cual los ciudadanos han configurado la decisión relativa a su conducta (SSTC 222/2003, FJ 4, y 51/2018, FFJJ 4, 5 y 6).

No hay duda de que la disposición, introducida por el legislador de urgencia y cuestionada por el solicitante del recurso, supone una modificación relevante respecto del régimen anterior, en cuanto reduce el alcance temporal de la devolución de cuotas en aquellos casos en que su procedencia se derive de solicitudes de variación o corrección de datos efectuadas fuera de plazo reglamentario. Antes de la reforma el derecho al reintegro de las cuotas llegaba hasta el importe que correspondiera en los cuatro años previos a la fecha de la solicitud. Después de la reforma, al importe que correspondiera e las tres mensualidades anteriores.

Pero no puede invocarse ninguna norma o acto previos que permitieran a los empresarios y trabajadores confiar, de forma legítima, en la inmutabilidad del alcance temporal de los efectos de las comunicaciones de datos fuera de plazo que implicaran

devoluciones de cuotas. Entre otras cosas, porque difícilmente cabe pensar en una comunicación de datos que dé lugar a una base de cotización mayor que la real y que se haya producido de forma voluntaria. Las variaciones de datos anteriores, que dan lugar a devoluciones de cuotas por su repercusión en la cotización, máxime si son comunicadas fuera de plazo, lógicamente responden a errores cometidos de forma involuntaria. Y sin voluntariedad en una conducta no cabe conceptualmente la confianza legítima. Una conducta involuntaria no se realiza bajo ninguna expectativa. Tampoco puede sostenerse, por excesivo, que el principio de confianza legítima ampare una salvaguarda frente a las consecuencias de los errores en que pueden incurrir empresarios y trabajadores en la comunicación de los datos a la Seguridad Social, de tal suerte que su alcance temporal haya de permanecer intangible para el legislador.

De acuerdo con lo razonado, el Defensor del Pueblo no aprecia una situación de confianza legítima que pudiera fundamentar ciertas limitaciones a la acción del legislador, con el fin de respetar el principio de seguridad jurídica. En definitiva, no sería coherente con el carácter dinámico del ordenamiento jurídico y con la jurisprudencia constitucional considerar contrario al principio de seguridad jurídica en su vertiente de protección de la confianza legítima el cambio normativo que cuestiona el solicitante, por lo que no cabe sino concluir que la regulación impugnada se enmarca en el margen de configuración del legislador, que tiene plena libertad para elegir entre las distintas opciones posibles dentro de la Constitución.

RESOLUCIÓN

Por todo cuanto antecede, el Defensor del Pueblo (e.f.), oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, previa la oportuna deliberación y con pleno respeto a cualquier opinión discrepante, resuelve no interponer el recurso de inconstitucionalidad solicitado contra el apartado primero de la disposición final tercera del Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes de apoyo al sector turístico, la hostelería y el comercio y en materia tributaria.

Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación

La solicitud de recurso de la interesada se planteó frente al apartado ochenta y nueve del artículo único de la ley que modifica la disposición adicional trigésima octava de la LOE y la supresión del apartado 5 que atribuía a la Alta Inspección del Estado la función de velar por el cumplimiento de las normas sobre utilización de lengua vehicular en las enseñanzas básicas y, asimismo, a la supresión de la mención del castellano como lengua oficial del Estado en el apartado primero de la disposición adicional y en otros puntos de la misma, así como de la mención a su carácter de lengua vehicular de la enseñanza en todo el Estado.

Se acordó no interponer el recurso solicitado en razón de la fundamentación siguiente:

FUNDAMENTOS

PRIMERO. A la vista de lo expresado en los antecedentes, lo que se plantea aquí es lo que doctrinalmente se conoce como inconstitucionalidad por omisión. La inconstitucionalidad por omisión se puede definir como la falta de desarrollo por el legislador, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatoria y concreta regulación jurídica, de forma tal que se impida su eficaz aplicación. Es necesario, por lo tanto, la existencia de un mandato de la Constitución que contenga una obligación, explícita o implícita, de desarrollo normativo posterior y que sin esa regulación el mandato y la previsión constitucional devenga ineficaz.

Al respecto, la doctrina del Tribunal Constitucional es constante en el sentido de que este tipo de inconstitucionalidad sólo se produce cuando la propia Constitución «impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace» (SSTC 24/1982, fundamento jurídico 3.º, y 74/1987, fundamento jurídico 4.º).

Este no es el caso en el supuesto aquí tratado, no solo porque no haya precepto constitucional que imponga el concreto desarrollo normativo que se reclama sino porque el precepto en su nueva redacción impone a las administraciones educativas, lo que obviamente incluye a la catalana, el deber de “garantizar el derecho de los alumnos y las alumnas a recibir enseñanzas en castellano y en las demás lenguas cooficiales en sus respectivos territorios, de conformidad con la Constitución española, los Estatutos de Autonomía y la normativa aplicable”, al tiempo que reconoce expresamente “el derecho

de los alumnos y las alumnas a recibir enseñanzas en castellano y en las demás lenguas cooficiales en sus respectivos territorios” señalando además que “al finalizar la educación básica, todos los alumnos y alumnas deberán alcanzar el dominio pleno y equivalente en la lengua castellana y, en su caso, en la lengua cooficial correspondiente.

A juicio de esta institución el texto cuestionado es acorde con lo dispuesto en el artículo 3 de la Constitución que proclama al castellano como lengua oficial del Estado junto con las demás lenguas españolas en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos y establece el deber de conocerla y el derecho a usarla. Es este el precepto de referencia y parámetro de constitucionalidad de las normas de contenido lingüístico, si bien, en lo que aquí interesa, no contiene ningún mandato de desarrollo normativo porque su eficacia es directa.

SEGUNDO. Cuestión distinta es la relativa a la valoración de la oportunidad y los motivos o, lo que es lo mismo, de la intención política de la reforma del precepto y su concreta redacción. La solicitud de recurso entiende que con ella se posibilita que la administración educativa catalana desconozca los derechos lingüísticos de los alumnos castellanohablantes, por un lado, por las omisiones respecto del texto reformado y, por otro, en razón de las previsiones del Estatuto de Autonomía y la ley de educación de Cataluña.

Sobre estas últimas normas no cabe aquí hacer pronunciamiento alguno ya que no son objeto de esta resolución y han sido examinadas en su momento por el Tribunal Constitucional (SSTC 51/2019 y 31/2010, entre otras). Y tampoco procede respecto de la intencionalidad política de la reforma cuestionada, porque el examen de dicho aspecto es irrelevante a efectos del enjuiciamiento de su constitucionalidad.

Al respecto el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 2.C) de la Sentencia 65/2020, de 18 de junio de 2020, dice lo siguiente

C) Enjuiciamiento jurídico y no político. Finalmente, debemos reiterar que “nuestro enjuiciamiento es exclusivamente de constitucionalidad y no político, de modo que las intenciones del legislador, su estrategia o su propósito último no constituyen objeto de control, debiendo limitarnos a contrastar con carácter abstracto y, por lo tanto, al margen de su posible aplicación práctica, los concretos preceptos impugnados y las normas y principios constitucionales que integran en cada caso el parámetro de constitucionalidad” [SSTC 49/2008, de 9 de abril, FJ 4; 118/2016, FJ 1 d), y 90/2017, de 5 de julio, FJ 10 c)]. De igual modo, y como ya se ha reiterado en la STC 128/2016, de 7 de julio, FJ 6 A), al examinar la disposición adicional vigésima segunda (“Plan director de la Administración Tributaria de Cataluña”) de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/2015, de 11 de marzo, de medidas fiscales, financieras y administrativas, y en la STC 52/2017, de 10 de mayo, FFJJ 5 y 8 A), en la que se enjuició el “plan para el despliegue de la hacienda propia”

incluido en el “plan ejecutivo para la preparación de estructuras de Estado”, este tribunal no atenderá como criterio interpretativo al “contexto” normativo y político en el que se dicta la Ley cuya validez se impugna. La ley debe ser juzgada “por su enunciado, no a partir de los propósitos adelantados por quienes no están jurídicamente autorizados para hablar por la cámara ni son, en Derecho, autores de la norma” [STC 128/2016, FJ 6 A)]. Pretender analizar o inferir los verdaderos motivos que han estado en la aprobación de estos preceptos es llevar el debate al campo de las “intencionalidades políticas” (SSTC 77/2017, de 21 de junio, FJ 4; 139/2017, de 29 de noviembre, FJ 2 y 136/2018, de 13 de diciembre, FJ 4), que deben quedar extramuros del enjuiciamiento constitucional (STC 19/2019, de 12 de febrero, FJ 3).

Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

La solicitud de recurso del interesado se planteó frente al texto normativo completo y no contra alguno de sus preceptos, al considerar que la infracción constitucional se ha producido en el proceso de elaboración de la ley al no haberse posibilitado la participación ciudadana por inaplicación de las previsiones contenidas en el artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y en el artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Según entiende el solicitante de recurso estos preceptos desarrollan los artículos 9.2, 23.1 y 27.5 de la Constitución, lo que implica su vulneración.

Se acordó no interponer el recurso solicitado en razón de la fundamentación siguiente:

FUNDAMENTOS

PRIMERO. La solicitud de interposición de recurso parte de la premisa de que se han infringido los artículos 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y en el artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, al no haber sido sometido el proyecto de ley al trámite de información pública en ellos prevista. Sin embargo, el anteproyecto de ley fue sometido a consulta pública desde el 26 de octubre de 2018 hasta el 10 de noviembre del mismo año, siendo presentado como proyecto de ley en el Congreso de los Diputados el 16/02/2019 y calificado el 19/02/2019, si bien el proyecto decayó al finalizar la legislatura. El proyecto de ley fue nuevamente presentado el 4/03/2020 y tras

la tramitación parlamentaria correspondiente, que no es objeto de cuestión, fue finalmente aprobado dando lugar a la ley orgánica aquí cuestionada.

No se da pues la infracción alegada la cual, por otra parte, no podría por sí misma fundamentar el recurso solicitado ya que de acuerdo con el artículo veintiocho de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una ley el contraste ha de efectuarse con los preceptos constitucionales y con las leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes comunidades autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas.

Por otra parte, el defecto denunciado, si hubiera concurrido, se habría producido en el procedimiento administrativo previo al envío del proyecto al Congreso y no en el procedimiento legislativo, es decir, en el relativo a la elaboración de la Ley que se desenvuelve en las Cortes Generales, por lo que mal puede sostenerse que el citado defecto pudiera provocar la invalidez de este último procedimiento y de la Ley en que desemboca. Además, como reiteradamente sostiene el Tribunal Constitucional, "la ausencia de un determinado antecedente sólo tendrá trascendencia si se hubiere privado a las Cámaras de un elemento de juicio necesario para su decisión" (STC 108/1986, de 28 de julio, FJ 3).

Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado (LPGE) para 2021

La solicitud de recurso se formuló por una organización sindical frente al artículo 19 y las disposiciones adicionales vigésima y vigésima tercera de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2021, centrándose en aquellos aspectos de los preceptos citados que imposibilitan, mediante tasa de reposición, la contratación regular de personal conforme al ordenamiento jurídico laboral y la estabilización de las estructuras de las plantillas de las sociedades mercantiles públicas. Se afirma que ello implica una desigualdad arbitraria respecto de las sociedades mercantiles privadas.

Se acordó no interponer el recurso solicitado en razón de la fundamentación siguiente:

FUNDAMENTOS

PRIMERO. Cabe deducir del escrito de solicitud que la vulneración constitucional denunciada, la del principio de igualdad, deriva, a juicio del solicitante, del establecimiento de límites en la Ley de Presupuestos a las Sociedades Mercantiles Públicas para la contratación de personal (tasas de reposición de efectivos y otras limitaciones) que no tienen otras sociedades mercantiles cuando unas y otras se rigen íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado.

De este modo parece ser el razonamiento las sociedades mercantiles privadas pueden atender a sus necesidades de personal acudiendo libremente a las diversas formas de contratación laboral previstas en el Estatuto de los Trabajadores, mientras que las sociedades mercantiles públicas, pese a regirse por el ordenamiento jurídico privado y contratar laboralmente, se enfrentan a las limitaciones establecidas en esta y anteriores leyes presupuestarias lo que conduce, según entiende el solicitante de recurso, a la precarización del empleo y al mantenimiento, cuando no el incremento, de la temporalidad laboral.

Se trataría por tanto de una vulneración del principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución y, en particular, de igualdad en la ley, esto es del incumplimiento del deber del legislador de proporcionar igual trato a quienes se encuentren en igual situación.

SEGUNDO. Así pues, como se deriva del planteamiento en la solicitud de interposición del recurso, la desigualdad denunciada se produciría por el tratamiento normativo que se

da a las sociedades mercantiles públicas en comparación con las sociedades mercantiles privadas, al verse sometidas unas, las públicas, a limitaciones en la incorporación y contratación de personal que no tienen las otras, las privadas, pese a estar regidas ambas por el ordenamiento jurídico privado.

De este modo la desigualdad de trato se daría entre entidades mercantiles y no entre personas o grupos de personas, y sólo de forma derivada e indirecta esta desigualdad de trato llegaría a afectar a los trabajadores en razón del mantenimiento o incremento de la temporalidad en el empleo que en el escrito de solicitud de interposición se atribuye como consecuencia a este trato diferencial.

Al respecto debe recordarse que lo propio del juicio de igualdad, como reiteradamente ha señalado el Tribunal Constitucional, es “su carácter relacional conforme al cual se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas” (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10) y, de otro, que “las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso” (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5 y 1/2001, de 15 de enero, FJ 3).

En relación con esto último el Tribunal Constitucional ha venido señalando también reiteradamente, ya desde la STC 22/1981, de 2 de julio, y recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que “el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad, en suma, son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados” (SSTC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4, y 88/2005, de 18 de abril, FJ 5, por todas).

TERCERO. En el presente caso la existencia de un elemento diferenciador de relevancia jurídica es evidente. Las sociedades mercantiles públicas y las fundaciones públicas forman parte del sector público institucional aunque no tengan la consideración

de administraciones públicas, lo que les otorga una naturaleza y finalidad diversa de las entidades mercantiles y fundaciones privadas.

Ese simple dato justifica sin mayor dificultad el trato normativo diferente que aquí se examina el cual, por otra parte, está expresamente previsto en la normativa básica estatal cuando en el artículo 81.1 de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público, se dispone que estas entidades se sujetarán en materia de personal, incluido el laboral, a las limitaciones previstas en la normativa presupuestaria y en las previsiones anuales de los presupuestos generales. Además supone el ejercicio de la competencia exclusiva del Estado establecida en el artículo 149.1 13.ª para establecer las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

Una y otra consideraciones, esto es, que la diferencia se dé entre entidades mercantiles de finalidad y naturaleza diferentes y que la diferencia de trato esté justificada y prevista constitucional y legalmente, conducen a desestimar la solicitud.

Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo

La solicitud de recurso del interesado se planteó frente a la disposición final quinta, que modifica diversos preceptos del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y en particular contra el nuevo primer párrafo del número 1 del artículo 40 del texto refundido de dicha norma y la obligación de proporcionar a la Tesorería General de la Seguridad Social y al Instituto Social de la Marina, cuando así lo requieran, aquellos datos, informes, antecedentes y justificantes con incidencia en las competencias de la Administración de la Seguridad Social, especialmente en el ámbito de la liquidación, control de la cotización y de recaudación de los recursos de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta.

Se acordó no interponer el recurso solicitado en razón de la fundamentación siguiente:

FUNDAMENTOS

ÚNICO. La licitud del tratamiento de los datos personales que aquí se trata está amparada en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, a tenor del cual es lícito el tratamiento de datos personales cuando, entre otros supuestos posibles, “es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento” (artículo 6.e). Es evidente que la Tesorería General de la Seguridad Social y al Instituto Social de la Marina y, más en general, la Administración de la Seguridad Social sirven al interés público y ejercen los poderes públicos conferidos para el desempeño de sus funciones.

En cuanto a la proporcionalidad, ciertamente el examen aislado del precepto podría inducir a considerar excesiva su generalidad al aludir en términos abstractos y sin mayores concreciones a los datos, informes, antecedentes y justificantes con incidencia en las competencias de la Administración de la Seguridad Social. Una mención tan amplia e inconcreta permitiría incluir en la obligación de aportación de datos a cualquiera de ellos, de carácter personal o no, que por cualquier motivo poseyera cualquier persona física o jurídica, pública o privada, siempre que tuviera cualquier relación, próxima o lejana, con las competencias o la actividad de dicha Administración.

Sin embargo, el precepto debe examinarse conjuntamente con lo dispuesto en otros preceptos de la misma norma y, en particular, con lo dispuesto en el artículo 71,

relativo al suministro de información a la Administración de la Seguridad Social, y con el artículo 77, relativo a la reserva de datos, de la Ley General de la Seguridad Social que también han sido objeto de reforma a través del Real Decreto-ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo.

En el primero de los preceptos citados cuya reproducción y exégesis detallada es aquí innecesaria se concretan los sujetos obligados al suministro de información a la Administración de la Seguridad Social, los datos que se recaban de cada uno de ellos y la finalidad del tratamiento, advirtiéndose expresamente que “los datos, informes y antecedentes suministrados [...] únicamente serán tratados en el marco de las funciones de gestión de prestaciones atribuidas a las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 77”. Y es en dicho artículo 77 (apartado 1º) donde se establece que “los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración de la Seguridad Social en el ejercicio de sus funciones tienen carácter reservado y solo podrán utilizarse para los fines encomendados a las distintas entidades gestoras, servicios comunes y órganos que integran la Administración de la Seguridad Social, sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros”, salvo que la cesión o comunicación tenga por objeto determinadas finalidades que el precepto concreta.

Asimismo, este precepto sanciona acceso a los datos, informes o antecedentes de todo tipo obtenidos por la Administración de la Seguridad Social sobre personas físicas o jurídicas, cualquiera que sea su soporte, por el personal al servicio de aquella y para fines distintos de las funciones que le son propias, considerándolo siempre falta disciplinaria grave; y muy grave cuando no se observe, respecto de esos datos, el deber “más estricto y completo” de sigilo.

De todo ello cabe deducir que la aportación de datos prevista en la norma cuestionada está justificada en razón de la finalidad a la que sirve y que la medida guarda la debida proporción entre la restricción del derecho a la autodeterminación informativa y dicha finalidad, por lo que no se considera pertinente atender a la solicitud aquí examinada de interposición de recurso de inconstitucionalidad.

Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia

La solicitud de recurso se formula frente a los artículos 15 y 16. Respecto del artículo 15, se cuestiona el empleo de la expresión “medidas de seguridad de nivel alto previstas en la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal”, la cual, a juicio del solicitante de recurso, ya no es pertinente en razón de la nueva terminología derivada del Reglamento (UE) 2016/679 (RGPD) y de la nueva normativa de protección de datos.

En lo que se refiere al segundo de los preceptos, se cuestiona la creación de un registro de profesionales sanitarios en relación con la interrupción voluntaria del embarazo por implicar un sacrificio injustificado del derecho fundamental a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios del sistema público.

Se acordó no interponer el recurso solicitado en razón de la fundamentación siguiente:

FUNDAMENTOS

PRIMERO. Se alega por el solicitante de recurso respecto del antes transcrito artículo 15 de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia que «la mención de las “medidas de seguridad de nivel alto”, no solo es una referencia jurídica anacrónica, sino que, de llevarse realmente a la práctica, no cumpliría con los estándares de seguridad exigidos actualmente en la normativa de protección de datos».

Nada hay en el precepto, sin embargo, que permita llegar a esa conclusión. De entrada, en el texto cuestionado hay expresa referencia a que “los tratamientos [de datos personales] afectan a categorías especiales de datos previstas en el artículo 9 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016”, de donde se deriva la plena aplicabilidad de esta norma. Además, la mención a las medidas de seguridad de nivel alto se hace en referencia a “las previstas en la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal”, esto es, las previstas en el Reglamento europeo ya citado y en la vigente Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y en los términos previstos en éstas.

Asimismo el precepto dispone que los centros sanitarios que realicen la prestación de ayuda para morir “adoptarán las medidas necesarias para asegurar la intimidad de las personas solicitantes de la prestación y la confidencialidad en el

tratamiento de sus datos de carácter personal”, lo que supone un mandato imperativo e irrestricto de adoptar todas las medidas técnicas y organizativas necesarias para dicho fin y no sólo o no limitadamente las que la normativa anterior establecía como “medidas de seguridad de nivel alto”.

Por otra parte, “siendo posible dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la Constitución y otra no conforme con ella, debe admitirse la primera con arreglo a un criterio hermenéutico reiteradas veces aplicado por este Tribunal” (SSTC 4/1981, de 2 de febrero; 122/1983, de 16 de diciembre, FJ 6), nos dice el Tribunal Constitucional en aplicación del principio de interpretación conforme, lo que bastaría aquí para desechar la alegación planteada.

SEGUNDO. Como se ha mencionado en los antecedentes, se cuestiona también el registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia al que se refiere el artículo 16 de la ley. El fundamento es la presunta vulneración del derecho a la objeción de conciencia al considerar desproporcionada la restricción del derecho que implica la necesaria inscripción en el registro para su ejercicio. Se fundamenta esta alegación en el criterio expresado en el voto particular incorporado a la STC 151/2014, de 25 de septiembre, también ya mencionado en los antecedentes.

Ahora bien, el voto particular, en este caso discrepante, es contrario al criterio mayoritario del Pleno del Tribunal que dicta la sentencia y que declara conforme a la Constitución la creación de un registro sanitario de características parejas al que prevé la norma aquí cuestionada. En concreto en la sentencia antes citada se dice (FJ 4) que,

“[...] la creación de un Registro no se contradice con la doctrina constitucional dictada hasta la fecha en materia de objeción de conciencia, concretamente en relación con el derecho a la objeción de conciencia como exención al servicio militar obligatorio, según la cual el ejercicio de este derecho no puede, por definición, permanecer en la esfera íntima del sujeto, pues trae causa en la exención del cumplimiento de un deber y, en consecuencia, el objetor ‘ha de prestar la necesaria colaboración si quiere que su derecho sea efectivo para facilitar la tarea de los poderes públicos en ese sentido (art. 9.2 CE [RCL 1978, 2836]), colaboración que ya comienza, en principio, por la renuncia del titular del derecho a mantenerlo frente a la coacción externa en la intimidad personal, en cuando nadie está obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias (art. 16.2 CE [RCL 1978, 2836])’ (STC 160/1987, de 27 de octubre [RTC 1987, 160], FJ 4)”.

“La creación de un Registro autonómico de profesionales en relación con la interrupción voluntaria del embarazo con la finalidad de que la Administración autonómica conozca, a efectos organizativos y para una adecuada gestión de dicha prestación sanitaria, quienes en ejercicio de su derecho a la objeción de conciencia

rechazan realizar tal práctica, no está sometida a reserva de ley orgánica, no invade las bases estatales en materia de sanidad, no afecta a las condiciones básicas que han de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos, y su existencia no implica, per se, un límite al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia recogido en el art. 19.2 L.O. 2/2010 (RCL 2010, 534) , ni un sacrificio desproporcionado e injustificado de los derechos a la libertad ideológica e intimidad, sin que pueda afirmarse, como hacen los diputados recurrentes, que con el mismo se persigue disponer de una lista de objetores con la finalidad de discriminarlos y represaliarlos, pues esta es una afirmación sin base jurídica alguna y en la que no se puede fundar una queja de inconstitucionalidad, por lo que debemos declarar que los arts. 1 y 4 de la Ley Foral 16/2010 (LNA 2010, 309), no incurrir en ningún vicio de inconstitucionalidad”.

Ese es el criterio prevalente de la sentencia y el que en el presente caso toma en consideración esta institución, no estimando pertinente atender la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad por este motivo.

Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia

Varios ciudadanos solicitaron la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. En síntesis, planteaban la vulneración del derecho a la vida (artículo 15 CE), no previendo la ley una mejora de los cuidados paliativos como alternativa a la eutanasia, y la inconstitucionalidad del registro de profesionales objetores de conciencia. Además, una entidad social del ámbito de la discapacidad solicitó la interposición del recurso por entender que la definición del padecimiento imposibilitante que incluye la norma vincula el hecho eutanásico a unas características propias de las personas con discapacidad.

El Defensor del Pueblo, oída la Junta de Coordinación, acordó no ejercitar la legitimación que le confieren el artículo 162.1.a) de la Constitución, el artículo 32.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, y el artículo 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, para interponer recursos de inconstitucionalidad, dado que la acción ya había sido interpuesta por otro sujeto legitimado para ello, en este caso un grupo suficiente de diputados. Dada esta circunstancia, el Tribunal Constitucional podrá examinar los motivos de inconstitucionalidad planteados respecto a ley y también podrá extenderse a otros preceptos de la misma norma por conexión o consecuencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

ANTECEDENTES

PRIMERO. Mediante escritos que tuvieron su entrada en esta institución entre el 5 y el 8 de abril 2021, las personas comparecientes solicitan la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

SEGUNDO. Solicitan la interposición del recurso respecto al conjunto de la ley, salvo el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, en adelante CERMI, que solicita la interposición respecto a la terminología empleada en algunos de sus preceptos que se detallan más adelante.

Los motivos de inconstitucionalidad que alegan los solicitantes del recurso son, en síntesis, los siguientes:

1. Argumentan, en primer lugar, que la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, no ofrece suficiente protección a la vida, sobre todo de las personas más vulnerables, porque no asegura una adecuada implantación de cuidados paliativos en toda España como alternativa a la eutanasia y porque las ayudas a la dependencia no llegan en tiempo.

Cuestionan que la ley no garantice los cuidados paliativos como una alternativa sanitaria que consagre el derecho a vivir sin sufrimiento en las últimas fases de una enfermedad. Piensan que la solución alternativa a la Ley de regulación de la eutanasia está en la promulgación de una ley nacional de cuidados paliativos, para garantizar el acceso universal a estos cuidados como parte fundamental de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud.

Reconocen algunos de los solicitantes del recurso, médicos de profesión, que es éticamente rechazable el «ensañamiento u obstinación terapéutica» cuando se tiene constancia cierta de que los tratamientos se consideran ya desproporcionados e inútiles para mantener la vida del paciente. Consideran éticamente correcta la llamada «limitación del esfuerzo terapéutico», cuando el médico estima que nuevos tratamientos o pruebas diagnósticas no se consideran adecuados y ocasionarían más molestias y perjuicios que beneficios, sin que tales conductas puedan considerarse conductas eutanásicas. Sin embargo, sostienen que «la compasión ante el sufrimiento no puede nunca legitimar la eliminación de la persona que sufre. Ni la autonomía del paciente tiene carácter absoluto para decidir lo que puede hacer». La Ley Orgánica 3/2021, a su juicio, no trata de aliviar el sufrimiento, sino que permite terminar con la vida de las personas que sufren.

Piensan además que los cuidados paliativos, en concreto la sedación paliativa, son incompatibles con la eutanasia. En su opinión, difieren en el objetivo, la indicación, el procedimiento y el resultado. Afirman que los cuidados paliativos, y en su caso la

sedación paliativa, previenen y alivian el sufrimiento, mientras la eutanasia provoca la muerte y se basa en la ética de una autonomía del paciente sin límites. Los cuidados paliativos, en cambio, combinan la ética de la autonomía del paciente con la ética de la vulnerabilidad y de la solidaridad colectiva.

Por todo lo anterior, la posibilidad de poner fin a la propia vida que reconoce la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, resulta en su opinión incompatible con el artículo 15 la Constitución.

2. Estiman, en segundo lugar, que la obligación de inscripción previa en un registro de objetores de conciencia, para los profesionales que se opongan a practicar la prestación de ayuda a morir, no es legal ni legítima, al plantear serias dudas por las posibles repercusiones que podrían producirse en la promoción profesional de los que se oponen a aplicarla. En este aspecto se trae a colación el voto particular discrepante formulado por el magistrado don Andrés Ollero Tassara en la STC 151/2014, de 25 de septiembre. En dicho voto particular, se discrepa del criterio mayoritario del Tribunal respecto de la constitucionalidad de la creación de un registro de profesionales sanitarios en relación con la interrupción voluntaria del embarazo en Navarra a fin de ejercer el derecho a la objeción de conciencia. Según el magistrado discrepante, «[...] implica un sacrificio injustificado del derecho fundamental a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios del sistema público de salud navarro, dado el efecto desalentador del ejercicio del derecho, ante el explicable temor de los profesionales a sufrir represalias y perjuicios en sus legítimas expectativas profesionales». Alegan algunos de los solicitantes del recurso que los razonamientos contenidos en dicho voto particular son trasladables al registro creado por la Ley Orgánica 3/2021, que sería inconstitucional al limitar desproporcionada e innecesariamente el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia.

3. En tercer lugar, el CERMI y otros solicitantes estiman que la Ley Orgánica 3/2021 colisiona con la Constitución porque su artículo 5 establece como requisito para poder recibir la prestación de ayuda para morir, en su apartado 1. d), «sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante en los términos establecidos en esta ley, certificada por el médico responsable».

El artículo 3. b) define el «padecimiento grave, crónico e imposibilitante» como una «situación que hace referencia a limitaciones que inciden directamente sobre la autonomía física y actividades de la vida diaria, de manera que no permite valerse por sí mismo, así como sobre la capacidad de expresión y relación, y que llevan asociado un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable para quien lo padece, existiendo seguridad o gran probabilidad de que tales limitaciones vayan a persistir en el tiempo sin posibilidad de curación o mejoría apreciable. En ocasiones, puede suponer la dependencia absoluta de apoyo tecnológico».

En opinión del CERMI, el supuesto imposibilitante, recogido en el artículo 5 de la Ley Orgánica 3/2021, y su definición recogida en el artículo 3. b), vinculan el hecho eutanásico a unas características propias de las personas con discapacidad, especialmente de aquellas con grandes necesidades de apoyo, como la falta de autonomía, la dependencia absoluta o las limitaciones. La definición innecesariamente evoca y señala a las personas con una gran discapacidad o dependencia, estableciendo un vínculo entre discapacidad y eutanasia e identificando a las personas con discapacidad como potenciales usuarios. De ahí que el uso del término imposibilitante resulte discriminatorio por motivos de discapacidad, a juicio de esa organización.

Subraya el CERMI que los preceptos señalados son contrarios a los artículos 10.1, 14 y 15 de la Constitución, al señalar la discapacidad como motivo determinante, aunque fuere acumulativo, para proceder a la eutanasia, y estigmatizar de esa forma a las personas con discapacidad al «asociar la idea de imposibilidad con una causa por la que no merece la pena vivir».

A juicio de esta organización, dado que la dignidad intrínseca a la condición humana exige dar la misma consideración y respeto a la vida de todas las personas, con independencia de cualquier condición o situación, como puede ser la discapacidad, queda vulnerada cuando el contexto eutanásico se define sobre la base de un padecimiento imposibilitante que remite a conceptos claramente conectados en otras leyes y en el imaginario colectivo con situaciones de discapacidad. Insisten los solicitantes del recurso en que la Ley Orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia, en estos preceptos fomenta la idea de que la vida de las personas con discapacidad posee un menor valor y que hacerlo contraría el artículo 10.1 de la Constitución en el que se consagra la dignidad de la persona.

Por las mismas razones, añade el CERMI que la ley resulta contraria a los artículos 4, 5, 8 y 10 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. En consecuencia, su aprobación vulnera, a su juicio, el artículo 10.2 de la Constitución, según el cual «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

4. Otros solicitantes del recurso han esgrimido también que la tramitación y entrada en vigor de la ley ha sido precipitada. En ese sentido, argumentan que la aplicación de la ley exige la creación de las comisiones de garantía y evaluación en cada comunidad autónoma, formación específica del personal sanitario y organización de equipos que la apliquen. Por ello, los tres meses de plazo para su entrada en vigor les parecen un plazo escaso, lo que creen que puede dar lugar a la realización de actos de eutanasia sin las debidas garantías.

5. En quinto y último lugar, sostienen que la ley no contempla la valoración obligatoria del paciente por expertos en salud mental o cuidados paliativos, y que sin tales valoraciones no es posible asegurar su capacidad de decidir ni la refractariedad de los síntomas.

En ese mismo orden de ideas, una de las solicitantes estima que el artículo 6.4 de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, incurre en vaguedad e inseguridad jurídica, porque «centra el poder decisorio en la voluntad del médico y no en la voluntad explícita del paciente, que es el eje central del régimen de la eutanasia». A su juicio ya no se trata «de eutanasia ni de suicidio asistido, sino –sin la cobertura de la voluntad explícita del paciente—de un asesinato». En consecuencia, entiende que el precepto señalado vulnera los artículos 10.1 y 15 de la Constitución al consistir la conducta permitida en el más grave atentado al derecho a la vida y a la dignidad.

FUNDAMENTOS

ÚNICO. Desde el comienzo de sus actividades y sin perjuicio de su libertad de acción en cada supuesto planteado, constituye criterio habitual de Defensor del Pueblo no ejercitar la legitimación que le confieren el artículo 162.1.a) de la Constitución, el artículo 32.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, y el artículo 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, para interponer recursos de inconstitucionalidad, cuando la acción sea iniciada por cualquiera de los restantes sujetos legitimados para ello.

Este criterio, al margen de evidentes razones de economía procesal, tiene relación directa con la preservación de la neutralidad política que debe caracterizar la actuación del Defensor del Pueblo. El rango constitucional de la institución y su carácter de Comisionado parlamentario parecen aconsejar por razones de neutralidad institucional, la inhibición del Defensor del Pueblo en los procedimientos constitucionales en que su intervención no resulte imprescindible para cumplir adecuadamente su función de garantía de los derechos constitucionales, ni para salvaguardar la adecuación constitucional del ordenamiento jurídico.

La Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, ha sido objeto de la presentación de un recurso de inconstitucionalidad por 50 diputados de un grupo parlamentario. El recurso ha sido presentado ante el Registro del Tribunal Constitucional con fecha de 16 de junio de 2021.

La decisión que en su día tome el Tribunal Constitucional examinará los motivos de inconstitucionalidad formulados respecto a ley y podrá extenderse a otros preceptos de la misma norma por conexión o consecuencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En consecuencia, esta institución no debe formular un pronunciamiento al respecto, sino aguardar a la decisión del alto intérprete de la Constitución.

RESOLUCIÓN

Por todo cuanto antecede, el Defensor del Pueblo (e.f.), oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, previa la oportuna deliberación y con pleno respeto a cualquier opinión discrepante, resuelve no interponer el recurso de inconstitucionalidad solicitado contra la Ley 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la covid-19

Se recibieron varias solicitudes para interponer un recurso contra la obligación de uso de mascarillas en la vía pública, espacios públicos al aire libre y espacios cerrados de uso o abiertos al público, establecida en el artículo 6.1.a) de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el covid-19. Ese precepto procedía del mismo artículo 6.1 a) del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio. En la tramitación parlamentaria de la ley se modificó la redacción previa, eliminando la salvedad referida al mantenimiento de la distancia entre personas de 1,5 metros.

Tras analizar los argumentos expuestos por los ciudadanos, y descartar que el precepto vulnerara el principio constitucional de reserva de ley orgánica, el Defensor del Pueblo llegó a la conclusión de que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la imposición por el legislador del uso de mascarilla en determinados supuestos (en la vía pública, en espacios al aire libre y en cualquier espacio cerrado de uso público o que se encuentre abierto al público) no es una limitación de los derechos a la intimidad y a la propia imagen que vulnere el artículo 18.1 de la Constitución. Así se analiza en los razonamientos jurídicos de la correspondiente resolución.

ANTECEDENTES

PRIMERO. Mediante escritos que tuvieron su entrada en esta institución entre el 8 de abril y el 11 de mayo de 2021, las personas comparecientes solicitan la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 6.1.a) de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el covid-19.

SEGUNDO. El artículo 6.1.a) de la Ley 2/2021 prescribe el uso obligatorio de mascarilla para las personas de seis años en adelante «en la vía pública, en espacios al aire libre y en cualquier espacio cerrado de uso público o que se encuentre abierto al público».

TERCERO. En síntesis, los solicitantes del recurso alegan los siguientes motivos de inconstitucionalidad:

1. Sostienen, en primer lugar, que la imposición de la obligación de uso de mascarillas, al restringir derechos fundamentales recogidos en la Sección 1.^a

del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, exige ser impuesta a través de ley orgánica, no siendo suficiente una ley ordinaria.

2. En segundo lugar, argumentan que la obligación carece de aval científico, en especial en espacios al aire libre cuando puede mantenerse la distancia de seguridad con otras personas. En ese sentido, alegan que la Organización Mundial de la Salud (OMS) solo recomienda el uso de mascarilla cuando no pueda garantizarse la distancia de seguridad de 1,5 metros.

Esgrimen también que el uso obligatorio de la mascarilla vulnera la dignidad de la persona (artículo 10 CE), los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen (artículo 18 CE) y es una intromisión injustificada y excesiva en la libertad de los ciudadanos, al obligar a usar una prenda, «no solo muy incómoda sino perniciosa para la salud», por el riesgo de problemas respiratorios derivados de su uso, para lo que «no existe justificación alguna, dado el consenso científico sobre la no necesidad del uso de la mascarilla en situaciones en las que no es necesario, como al aire libre cuando se puede garantizar la distancia de seguridad».

3. En tercer lugar, señalan que el mandato constitucional de garantizar la salud pública, contenido en el artículo 43.2 de la Constitución y dirigido a los poderes públicos, al que alude la Ley 2/2021 en su preámbulo como fundamento de las medidas preventivas y del deber general de cautela y protección, es «claramente inferior» a los derechos del Título I, por lo que es inconstitucional basar en el artículo 43 de la Constitución medidas que limiten los derechos contenidos en ese Título.
4. En cuarto y último lugar, consideran «una flagrante vulneración de los derechos de los ciudadanos» la incongruencia que supone, a su juicio, la obligación de llevar mascarilla en la vía pública, en espacios al aire libre y en cualquier espacio cerrado de uso público o que se encuentre abierto al público, sea cual sea la distancia de seguridad, respecto a la regulación establecida en los centros de trabajo (artículo 7), en los centros docentes (artículo 9), las instalaciones para las actividades y competiciones deportivas (artículo 15) y otros sectores de actividad (artículo 16), ya que en todos ellos se exige organizar los espacios de forma que se pueda garantizar la distancia de seguridad y cuando ello no es posible adoptar medidas de protección e higiene, sin obligar de forma explícita al uso de mascarilla.

FUNDAMENTOS

PRIMERO. El artículo 6.1.a) del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el covid-19, implícitamente derogado por la Ley 2/2021, de 29 de marzo, del mismo nombre, ya establecía el uso obligatorio de mascarilla para todas las personas de seis años en adelante «en la vía pública, en espacios al aire libre y en cualquier espacio cerrado de uso público o que se encuentre abierto al público», pero añadía «siempre que no resulte posible garantizar el mantenimiento de una distancia de seguridad interpersonal de, al menos, 1,5 metros». Esta última cláusula, relativa a la distancia de seguridad, ha sido suprimida en la Ley 2/2021.

El Congreso de los Diputados, en su sesión de 25 de junio de 2020, acordó convalidar el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.2 de la Constitución. El acuerdo de convalidación fue publicado por Resolución de 25 de junio de 2020, del Congreso de los Diputados. Asimismo, se decidió su tramitación como proyecto de ley. El resultado es la Ley 2/2021, de 29 de marzo, que sustituye al Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, y que ha introducido algunos cambios en la norma, entre otros el que se cuestiona por los solicitantes del recurso.

Debe hacerse constar que, durante el mes de julio de 2020, todas las comunidades autónomas en ejercicio de sus competencias y al amparo del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, el artículo 26 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, y el artículo 54.1 de la Ley 33/2011, General de Salud Pública, ampliaron a través de sus normas legales o administrativas la obligación del uso de mascarilla en las vías públicas y espacios al aire libre, incluso cuando pudiera mantenerse la distancia de seguridad con otras personas.

De esta forma, de acuerdo con las normas autonómicas aplicables, y muchos meses antes de la entrada en vigor de la Ley 2/2021, en todo el territorio resultaba obligatorio llevar las mascarillas en las vías públicas y en espacios exteriores y en cualquier espacio cerrado de uso público o abierto al público, con independencia de la distancia de seguridad.

En nuestro ordenamiento, en sanidad, las normas básicas son las normas y principios generales adoptados por el legislador estatal conforme al artículo 149.1.16.^a de la Constitución, que informan y ordenan esta materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional. Este marco se concreta en la exigencia de que exista un sistema normativo sanitario nacional «con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, eso sí, sin perjuicio de las normas que sobre la materia puedan dictar las comunidades autónomas

en virtud de sus respectivas competencias» (SSTC 61/1997, FJ 7; 173/1998, FJ 9; 188/2001, FJ 12; 37/2002, FJ 12; 152/2003, FJ 3, y STC 22/2012, FJ 3, entre otras).

No hay duda, por tanto, de que las comunidades autónomas ostentan competencias de «desarrollo legislativo» y «ejecución» de la legislación sanitaria básica del Estado, de acuerdo con lo previsto en sus respectivos Estatutos. De ahí que las medidas de salud pública susceptibles de adopción por parte de las comunidades autónomas no solo sean las establecidas por las leyes sanitarias estatales mencionadas, sino también las previstas, respetando el orden constitucional de distribución de competencias, en las leyes y disposiciones administrativas autonómicas aplicables.

El Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de acuerdo con su disposición final sexta, se dictó al amparo del artículo 149.1.16.^a de la Constitución. Por esta razón, la imposición de la obligación de uso de mascarilla en determinadas circunstancias («en la vía pública, en espacios al aire libre y en cualquier espacio cerrado de uso público o que se encuentre abierto al público, siempre que no resulte posible garantizar el mantenimiento de una distancia de seguridad interpersonal de, al menos, 1,5 metros»), recogida en el derogado artículo 6.1.a) del Real Decreto-ley 21/2020, constituía un mínimo uniforme para todo el territorio español, un límite inferior, entre otras medidas obligatorias de prevención de los repuntes y rebrotes epidémicos, que no impedía que las comunidades autónomas adoptaran, en ejercicio de sus competencias ejecutivas y al amparo de las normas legales citadas, sus propias medidas de prevención o reforzaran las ya establecidas por el legislador estatal, como de hecho hicieron todas en el verano de 2020, al regular la obligación de portar la mascarilla en esos espacios con independencia de la distancia de seguridad.

SEGUNDO. La limitación de derechos fundamentales está prevista y regulada en la Constitución. Los derechos fundamentales no son absolutos ni ilimitados. En ocasiones, pueden y deben ceder en su confrontación con otros derechos fundamentales o con otros bienes constitucionalmente protegidos para cuya garantía puede ser necesario restringirlos. Así lo advierte el artículo 10.1 de la Constitución cuando afirma que el respeto a los derechos de los demás es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social y así se desprende de los artículos 53.1 y 81.1 y de una consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional reconoció de forma temprana, en su Sentencia 140/1986, de 11 de noviembre, FJ 5, y así lo ha refrendado en múltiples ocasiones, que «el desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste en la determinación de su alcance y límites». A su vez, ha interpretado el artículo 53.1 de la Constitución de manera que resulta en un apoderamiento general al legislador ordinario para regular el ejercicio de los derechos consagrados en el Capítulo segundo del Título I.

Es claro pues que el legislador puede establecer límites a los derechos fundamentales. Límites entendidos como toda acción jurídica que entrañe o haga posible una restricción de las facultades que constituyen el contenido de los derechos. Límites que pueden ser normales u ordinarios, pero que también pueden consistir en restricciones extraordinarias, temporales estas por definición.

Ahora bien, la limitación debe reunir tres presupuestos de constitucionalidad: el respeto al contenido esencial del derecho limitado (que consagra también el artículo 53.1 CE), la búsqueda de un fin constitucionalmente legítimo o la salvaguarda de un bien constitucionalmente relevante (SSTC 104/2000, FJ 8 y las allí citadas) y cumplir con el principio de proporcionalidad (SSTC 11/1981, FJ 5; 196/1987, FJ 6, y 292/2000, FJ 15).

Además, la limitación de los derechos fundamentales debe ser respetuosa con la reserva de ley prevista en los artículos 81.1 y 53.1 de la Constitución; reserva de ley orgánica u ordinaria según sea desarrollo directo y frontal del derecho o regulación de su ejercicio y según sea la intensidad y grado de afectación de la limitación (SSTC 11/1981, FJ 5; 2/1982, FJ; 140/86, FJ 5; 196/1987, FJ 6, y 292/2000, FJ 15, entre otras muchas).

El Tribunal Constitucional mantiene, desde la Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, un criterio de interpretación estricto de la reserva de ley orgánica (artículo 81.1 CE). Tanto en lo que se refiere al término «desarrollar» como a la «materia» objeto de reserva. De esta forma, la reserva de ley orgánica no significa que esta haya de agotar todos y cada uno de los aspectos relacionados con el contenido y ejercicio de los derechos fundamentales. No todo lo que afecte a los derechos fundamentales es un desarrollo directo de estos, es decir, una regulación de sus aspectos esenciales que requiera de una disposición de las Cortes emanada con forma de ley orgánica. Solo será precisa cuando se acometa un desarrollo directo -global o de sus aspectos esenciales- del ámbito subjetivo u objetivo de los derechos fundamentales (SSTC 5/1981; 6/1982; 67/1985; 140/1986; 160/1987; 132/1989, y 127/1994, entre otras). En definitiva, no se corresponde con la Constitución la afirmación de que toda limitación de un derecho fundamental ha de hacerse única y exclusivamente por ley orgánica.

TERCERO. De acuerdo con lo anterior, el Tribunal Constitucional ha fijado cuándo la imposición de límites a un derecho fundamental cae en la reserva de ley orgánica (artículo 81.1 CE) y cuándo se puede considerar una regulación del ejercicio del derecho (artículo 53.1 CE) no reservado a aquella forma legal.

Los límites legales pueden ser bien restricciones directas del derecho fundamental mismo, bien restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental, límites estos últimos que afectan solo a las condiciones de ejercicio de los derechos, sin modificar sus elementos ni su estructura (sujetos titulares, objeto, contenido), únicamente las condiciones accidentales o circunstanciales en que se

ejercen o se realizan. En el primer caso, regular esos límites es una forma de desarrollo del derecho fundamental que exige ley orgánica. En el segundo, los límites que se fijan lo son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo que puede hacer el legislador ordinario a tenor de lo dispuesto en el artículo 53.1 de la Constitución (STC 292/2000, FJ 11).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 53/2002, de 27 de febrero, FJ 13, alude también a la intensidad de la afectación al derecho fundamental al enjuiciar la constitucionalidad de una limitación de ese derecho fundamental establecida por ley ordinaria. Las restricciones del derecho especialmente gravosas, por su intensidad y el grado de afectación a su contenido, suponen una limitación esencial del mismo y son equiparables a un tratamiento frontal o «desarrollo» del derecho, por lo que exigen ley orgánica de acuerdo con el artículo 81 de la Constitución. No así las modulaciones provisionales y limitadas a la forma en que se ejercen, en circunstancias determinadas del derecho fundamental, para las que es suficiente la ley ordinaria.

A la luz de lo expuesto, el artículo 6.1.a) de la Ley 2/2021 ha introducido una obligación, la del uso de mascarilla en unas concretas circunstancias, claramente determinadas, que supone una limitación puntual del ejercicio de los derechos a la intimidad y a la propia imagen, en su vertiente de libre elección de la indumentaria y el propio aspecto, en un contexto de grave riesgo para la salud pública, como lo es la pandemia de covid-19 y la emergencia sanitaria que ha provocado, con el fin de prevenirla y controlarla, mediante la reducción del riesgo de contagio de esta enfermedad infecciosa.

La limitación no tiene por finalidad privar de la titularidad de los derechos, suprimirlos, negar su existencia o modificar su contenido, sino modificar durante un tiempo delimitado (mientras dure la emergencia sanitaria) y en unas circunstancias determinadas algunas condiciones de su ejercicio. El artículo 6.1.a) de la Ley 2/2021 no supone una regulación directa y con vocación de generalidad de las vertientes individual e institucional de los derechos a la intimidad y a la propia imagen, en su vertiente de elegir la propia indumentaria y el aspecto personal, ni tampoco de sus aspectos esenciales. No altera sustancialmente la posición de los ciudadanos con relación a esos derechos ni implica restricciones que supongan una limitación esencial de los mismos, sino que comporta únicamente una modulación provisional y limitada de su ejercicio en circunstancias muy determinadas.

Ni por su intensidad ni su grado de afectación al contenido puede sostenerse que se limite frontalmente el contenido del derecho, sino que se limita accesorio, puntual y provisionalmente su ejercicio, por lo que no entra en juego la reserva de ley orgánica.

Para estas modulaciones del ejercicio de un derecho fundamental, de conformidad con el artículo 53.1 de la Constitución, resulta suficiente la ley ordinaria.

CUARTO. El tratamiento constitucional de los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, garantizados en el artículo 18.1 de la Constitución, en su vertiente de autonomía personal para elegir libremente la indumentaria y el aspecto propio, viene a reforzar los argumentos sostenidos en los dos fundamentos anteriores y permite concluir que en el artículo 6.1.a) de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, que impone el uso de mascarilla para las personas de seis años en adelante «en la vía pública, en espacios al aire libre y en cualquier espacio cerrado de uso público o que se encuentre abierto al público», concurre el presupuesto de búsqueda de un fin legítimo y constitucionalmente relevante.

Los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen salvaguardan un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas. Se encuentran estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivan de la dignidad de la persona, que reconoce el artículo 10.1 de la Constitución, e implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida. Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo (SSTC 231/1988 FJ 3; 179/1991, FJ 3, y 20/1992, FJ 3).

El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la intimidad atribuye a su titular «el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia» (entre otras, SSTC 231/1988, FJ 3; 236/2007, FJ 11, y 60/2010 FJ 8), y, en consecuencia, «el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido» (entre otras, SSTC 196/2004, FJ 2; 206/2007, FJ 5, y 70/2009, FJ 2).

Pero ya en 1982 el Tribunal Constitucional aclaró que «el derecho a la intimidad personal no queda violado porque se impongan a la persona limitaciones de su libertad, como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula...» (STC 73/1982, FJ 5). La Constitución garantiza la intimidad personal, pero esta puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas (SSTC 37/1989, FJ 3, y 77/2009, FJ 2).

Además, según la doctrina del Alto Tribunal, estos derechos no operan de la misma manera ni con la misma fuerza cuando pasan de la esfera privada a la esfera de las relaciones sociales o laborales. Así, en la STC 170/1987, de 30 de octubre, que resuelve un recurso de amparo, interpuesto en el marco de conflicto laboral tras el despido de un trabajador por incumplir la exigencia empresarial de afeitado de la barba,

el Tribunal Constitucional dejó sentado que el conflicto no se situaba en la esfera exclusiva de la individualidad sino en el ámbito de las relaciones laborales y sociales.

El trabajador alegaba que «la estética corporal, favorecida o no por el uso de la barba, es parte integrante de la intimidad y el derecho a la propia imagen de la persona» y que «la hipotética colisión entre el derecho a la libre organización productiva que la legislación ordinaria reconoce al empresario y el contenido esencial del artículo 18.1 de la C.E., lógicamente debe resolverse... a favor del segundo».

Sin embargo, el Tribunal Constitucional entendió que el problema transcendía de la esfera estrictamente personal para pasar al ámbito de las relaciones sociales y profesionales en las que desarrollaba la actividad. Y a este respecto es preciso recordar que no pueden considerarse violados los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen cuando se impongan limitaciones a los mismos como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula.

En suma, los derechos a la intimidad y a la propia imagen, en su vertiente de autonomía personal en la elección de la indumentaria, se hallan estrictamente vinculados a la personalidad en cuanto derivan de la dignidad de la persona, y se traducen en la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, cuya configuración deberá ser esencialmente subjetiva y, por tanto, dependiente de la exclusiva voluntad del titular de tal derecho, pero pueden ceder por prevalencia de otros derechos o por razón de interés público e incluso, en el ámbito de las relaciones sociales, como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula (SSTC 73/1982, FJ 5 ; 37/1989, FJ 3, y 77/2009, FJ 2).

Pueden, pues, establecerse restricciones a la libertad indumentaria en las relaciones sociales por razones de salud pública en cumplimiento del mandato constitucional recogido en el artículo 43.2 de la Constitución, que no es otro que organizar y tutelar la salud pública por parte de los poderes públicos a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios.

El objetivo buscado por el artículo 6.1.a) de la Ley 2/2021 es constitucionalmente relevante, además de responder al mandato constitucional de protección de la salud pública y perseguir a su vez la protección de otros derechos constitucionalmente protegidos. La limitación de los derechos a la intimidad y a la propia imagen, que implica el uso obligatorio de mascarilla, vendría así motivada por la protección de los derechos a la salud, la vida y la integridad física, y por la protección de la salud pública (artículos 15 y 43. 1 y 2 CE).

QUINTO. Sentado lo anterior, resulta patente que la Ley 2/2021, al imponer la obligación de portar mascarilla en unas concretas circunstancias, resuelve un conflicto entre derechos fundamentales, los que se restringen, es decir los derechos a la intimidad

personal y la propia imagen en su vertiente de libre elección de indumentaria, respecto a los que los poderes públicos tienen la obligación negativa de respetarlos; y los derechos a la vida, la salud y la integridad física, que imponen a esos mismos poderes la obligación positiva de protegerlos.

No hay razón por la que este conflicto haya de resolverse a favor de los primeros y en contra de los derechos a la vida, la salud y a la integridad física. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, en estos casos, lo que hay que hacer es escoger la interpretación que logre un justo equilibrio entre todos los derechos e intereses legítimos afectados, es decir, una solución que no limite o desproteja desproporcionadamente ninguno de ellos.

Esta ponderación de los derechos afectados debe responder, como ha desarrollado ampliamente el Tribunal Constitucional, al principio de proporcionalidad, en sus tres facetas: necesidad de la medida acordada, por la inexistencia de alternativas menos restrictivas de derechos; idoneidad, sobre la adecuación y efectividad de la medida para lograr el fin perseguido; y proporcionalidad en sentido estricto, que relaciona el grado de restricción de un derecho con el grado de protección del otro que la medida permite.

La necesidad e idoneidad del uso obligatorio de mascarillas, incluso en espacios abiertos cuando se puede guardar la distancia de seguridad interpersonal, se justifica en la imperiosa e inexcusable búsqueda de la reducción de las vías de contagio de covid-19. Vías de contagio que son las gotículas que se expulsan por la boca y nariz al respirar, hablar, gritar, cantar, pero también –y parece que de manera predominante según el conocimiento científico actualmente disponible- los aerosoles que se exhalan en esas mismas acciones y que permanecen en suspensión un tiempo y pueden desplazarse por aire de manera bastante impredecible al depender de múltiples factores y bastante más allá de 1,5 metros.

Es verdad que todos los datos muestran que el exterior es mucho más seguro que el interior, para la misma actividad y distancia. Pero eso no significa que se descarte la transmisión al aire libre. Los lugares al aire libre con mucha gente, especialmente en determinadas condiciones de poco viento, son consideradas por algunos científicos como actividades de riesgo debido a que no se dispersan los aerosoles. En el Informe científico sobre vías de transmisión SARS-CoV-2, elaborado para el Ministerio de Ciencia e Innovación de España el 29 de octubre de 2020, el grupo científico redactor recomienda recordar a la población que hay bastantes casos de contagio documentados en exteriores.

Entre los principios que deben caracterizar las acciones en materia de salud pública se encuentra el principio de precaución. Con arreglo a este principio, según la

legislación y la jurisprudencia, si bien es cierto que la valoración del riesgo no puede basarse en consideraciones puramente hipotéticas, no lo es menos que cuando resulta imposible determinar con certeza o el alcance del riesgo alegado por razón de la naturaleza insuficiente, no concluyente o imprecisa de los resultados de los estudios realizados y, sin embargo, persiste la probabilidad de un perjuicio real para la salud pública en el supuesto en que se materialice el riesgo, el principio de cautela justifica la adopción de medidas restrictivas.

En definitiva, el uso de mascarilla es una medida que, desde el principio de precaución y con el conocimiento científico disponible, reduce claramente la propagación del virus en espacios cerrados y puede contribuir a reducirla en los espacios al aire libre, donde la confluencia de personas hace que no sea descartable el contagio y donde resulta frecuente y habitual que las características del lugar, la densidad de población o la naturaleza de actividad impidan que las personas guarden la distancia de seguridad.

A ello se añade que, a la vista de la configuración constitucional de los derechos a la intimidad y a la propia imagen, en su vertiente de autonomía personal en la esfera de las relaciones sociales, más arriba explicados, resulta claramente proporcionado establecer restricciones a la libertad indumentaria por razones de salud pública en cumplimiento del mandato constitucional recogido en el artículo 43.2 de la Constitución.

En este sentido, el Tribunal Constitucional, en diversas sentencias, se ha pronunciado sobre la efectividad del derecho a la protección de la salud contemplado en el artículo 43 de la Constitución española, pues en su condición de principio rector dirigido a orientar y determinar la actuación de todos los poderes públicos, estatales y autonómicos, obliga a desarrollar la acción normativa que resulte necesaria para asegurar el cumplimiento de esos mandatos constitucionales (STC 113/1989, FJ 3), es decir a establecer las normas precisas para garantizar la organización y tutela de la salud pública a través de los medios necesarios. Se trata de proteger la vida, la salud y la seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública.

SEXTO. En cuanto a la alegación de incongruencia entre el artículo 6 de la Ley 2/2021 y la regulación establecida en los centros de trabajo (artículo 7), en los centros docentes (artículo 9), las instalaciones para las actividades y competiciones deportivas (artículo 15) y otros sectores de actividad (artículo 16), sin entrar en el análisis de la contradicción que según uno de los solicitantes se produce y que el Defensor del Pueblo no aprecia en tanto se trata de ámbitos de actividad humana de características y naturaleza muy distintas y en los que a través de normas específicas y autonómicas sí se ha regulado el uso de la mascarilla, se debe señalar sin necesidad de mayor desarrollo argumental que las presuntas incongruencias o contradicciones legales no son objeto del juicio de constitucionalidad.

Subyace en las solicitudes de recurso un rechazo general a las medidas adoptadas durante la pandemia, análogas en lo sustancial a las de muchos países del mundo, alegando de forma genérica la violación de ciertos artículos de la Constitución, y sosteniendo que en la ponderación entre los derechos a la vida y a la salud, por una parte, y otros derechos, en concreto el derecho a la intimidad y la propia imagen, por otra, debieran prevalecer estos y no aquellos. Como se ha desarrollado en los fundamentos previos, teniendo en cuenta la Constitución y la doctrina del Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo no comparte esa solución.

La protección del derecho a la salud, a la vida y la integridad física, en el contexto de grave pandemia, modulando o limitando otros derechos, no implica una interpretación arbitraria de la Constitución ni su vulneración. La discrepancia o la crítica política -o incluso científica- a la toma de decisiones por el legislador no es fundamento suficiente para entender violada la Constitución ni justificado un recurso de inconstitucionalidad.

SÉPTIMO. Por todo lo expuesto, el Defensor del Pueblo concluye que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la imposición por el legislador del uso de mascarilla en determinados supuestos (en la vía pública, en espacios al aire libre y en cualquier espacio cerrado de uso público o que se encuentre abierto al público) no es una limitación de los derechos a la intimidad y a la propia imagen que vulnere el artículo 18.1 de la Constitución, en tanto no resulta discutible que encuentra su justificación en la garantía de los derechos fundamentales a la vida y la integridad física de las personas, y del derecho a la salud, así como en la protección de la salud pública, ni tampoco que resulta necesaria, adecuada y proporcionada en el contexto pandémico y de grave crisis sanitaria en el que se establece.

La exigencia del uso de una prenda, que protege a quien la porta y al resto de ciudadanos del contagio de una grave enfermedad potencialmente mortal, la cual ha provocado una pandemia y ha supuesto una grave crisis sanitaria, colocando al Sistema Nacional de Salud en grave riesgo de colapso y causando decenas de miles de muertes, no vulnera los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen en su vertiente de autonomía personal en la elección de la indumentaria y el propio aspecto.

OCTAVO. Por último, debe hacerse notar que el presidente del Gobierno ha anunciado que se aprobará un real decreto-ley con las modificaciones legales necesarias para que el uso de mascarilla deje de ser obligatorio en los espacios exteriores, en un Consejo de Ministros extraordinario que se celebrará en estos días, por estimarse que tal medida ya no es necesaria ante la favorable evolución de la pandemia de covid-19 en España y en Europa gracias a la protección que otorgan las vacunas y al éxito de la campaña de vacunación, tras un año y cuatro meses de evolución negativa.

RESOLUCIÓN

Por todo cuanto antecede, el Defensor del Pueblo (e.f.), oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, previa la oportuna deliberación y con pleno respeto a cualquier opinión discrepante, resuelve no interponer el recurso de inconstitucionalidad solicitado contra el artículo 6.1.a) de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la covid-19.

Ley Orgánica 4/2021, de 29 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para el establecimiento del régimen jurídico aplicable al Consejo General del Poder Judicial en funciones

Se recibió una solicitud de interposición de recurso contra la Ley Orgánica 4/2021. De conformidad con el Protocolo del Defensor del Pueblo de 16 de abril de 2021, se envió a la persona interesada el texto que se acompaña, que no es una Resolución.

Sin entrar en la cuestión de fondo, de alto interés constitucional, debo informarle que el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en su sesión de 28 de abril de 2021, ha adoptado el siguiente Acuerdo, que se transcribe literalmente:

«1-5º.- Rechazar, por mayoría, la petición al Defensor del Pueblo para que interponga recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 4/2021.

Frente a este acuerdo formulan voto particular los vocales Rafael Fernández Valverde, Carmen Llombart Pérez, José Antonio Ballesteros Pascual, Francisco Gerardo Martínez Tristán, Juan Manuel Fernández Martínez, Juan Martínez Moya, Nuria Díaz Abad y María Ángeles Carmona Vergara».

Teniendo en cuenta, pues, que por 13 votos contra ocho el Pleno del Consejo General del Poder Judicial ha rechazado la petición al Defensor del Pueblo de que interponga recurso contra la Ley Orgánica 4/2021, no considero oportuno, previo el parecer unánime de la Junta de Coordinación y Régimen Interior, en su sesión de 23 de junio de 2021, ejercer la legitimación activa ante el Tribunal Constitucional para interponer recurso contra la mencionada ley orgánica.

Por otra parte, el pasado 22 de abril de 2021 otro sujeto legitimado (diputados del Grupo parlamentario de VOX) presentó recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 4/2021, lo que garantiza el pronunciamiento que proceda por parte del tribunal.

Es tradición constante, sostenida en el tiempo con muy pocas excepciones, que el Defensor del Pueblo no interponga recurso cuando su concurrencia no es imprescindible para el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, por haber recurrido otro sujeto legitimado, y ello por razones de neutralidad institucional, particularmente necesaria en cuestiones que dividen, a veces muy profundamente, a los ciudadanos.

En este caso, además, concurre la voluntad expresa del órgano afectado por la Ley Orgánica 4/2021 (Pleno del Consejo General del Poder Judicial) de no solicitar del Defensor del Pueblo la interposición de recurso.

Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2

I. La solicitud se dirige específicamente contra el artículo 3 del Real Decreto-ley. El interesado considera que este artículo atenta contra la autonomía de la voluntad y contra la igualdad y, aunque no lo cita expresamente, considera por lo tanto que se vulnera lo dispuesto en los artículos 9.2 y 14 de la Constitución.

II. Antes de nada, es preciso realizar una exposición sistemática de los argumentos del interesado. Así, en primer lugar, se expone la normativa legal cuya constitucionalidad se discute, junto con los argumentos esgrimidos por el interesado.

1. El artículo 3 del Real Decreto-ley establece lo siguiente:

“Artículo 3. Posibilidad de celebrar reuniones.

1. Excepcionalmente, durante dicho periodo la junta de propietarios podrá reunirse a solicitud del presidente o de la cuarta parte de los propietarios, o un número de estos que representen al menos el 25 por 100 de las cuotas de participación si fuera necesaria la adopción de un acuerdo que no pueda demorarse hasta el 31 de diciembre de 2021. Entre los acuerdos que no pueden demorarse se entenderán incluidos en todo caso los atinentes a las obras, actuaciones e instalaciones mencionadas en el artículo 10.1.b) de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, que sí requieran acuerdo de la junta.
2. En el supuesto previsto en este artículo, la junta de propietarios podrá celebrarse por video conferencia o por conferencia telefónica múltiple, siempre que:
 - a) Todos los propietarios dispongan de los medios necesarios, lo que será comprobado por el administrador con antelación a la junta; y
 - b) El secretario reconozca la identidad de los propietarios asistentes a la junta y así lo exprese en el acta.
3. En el supuesto previsto en este artículo, será también posible la adopción de acuerdo sin celebración de junta mediante la emisión de voto por correo postal o comunicación telemática, siempre que puedan cumplirse las debidas

garantías de participación de todos los propietarios, identidad del remitente y de recepción de la comunicación.

En estos supuestos, el presidente de la comunidad solicitará el voto a todos los propietarios mediante escrito en el que se hará constar la fecha, el objeto de la votación, que deberá expresarse de manera clara, la dirección o direcciones habilitadas para el envío del voto, y el plazo para emitirlo, que será de 10 de días naturales.

El acuerdo se entenderá adoptado en el domicilio en el que se encuentre el secretario o el secretario administrador y el último día del plazo establecido para la emisión del voto.

A efectos del artículo 15.2 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, se entenderá que el momento de inicio de la junta es el de la solicitud del voto por parte del presidente.

4. No obstante lo dispuesto en este artículo, la junta de propietarios podrá celebrarse de forma presencial cuando se garanticen las medidas de seguridad en cada momento aplicables.
5. A los efectos del artículo 18 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, será causa de impugnación de los acuerdos adoptados conforme a lo dispuesto en este artículo, el incumplimiento de las garantías de participación e identificación que en él se establecen”.

III. Centrando la cuestión planteado por el interesado, esta se resume en la posible vulneración de la autonomía de la voluntad y de la igualdad de todos los españoles, derechos garantizados por los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, como ya se ha comentado.

Sin embargo, un simple análisis del tenor literal del artículo cuya constitucionalidad se discute deja ver que ello no es así. Y ello por dos razones fundamentales, a saber: a) el artículo en cuestión establece la posibilidad de celebrar las juntas de comunidades de propietarios por videoconferencia o por conferencia telefónica múltiple, pero ello no es una obligación; y b) para que ello sea posible deben concurrir una serie de requisitos que la ley establece claramente. Ha de tenerse en cuenta que, en el caso de que se celebre una junta de esta manera y dichos requisitos no concurrieran, los acuerdos adoptados en esas circunstancias siempre serían susceptibles de impugnación.

De todo ello se aprecia una vulneración de la igualdad entre los miembros de la comunidad, ni una merma de la autonomía de la voluntad de los mismos. Habrá de ser una decisión con la que estén conformes los miembros de la junta en cuestión que las

reuniones se celebren en estas modalidades. Pero ello en ningún caso implica violación alguna del texto constitucional.

La presente Resolución, por todo lo dicho, ha de ser desestimatoria de la solicitud.

FUNDAMENTOS

ÚNICO. - De acuerdo con los argumentos anteriormente expuestos, la presente Resolución ha de ser desestimatoria de la solicitud.

RESOLUCIÓN

En virtud de cuanto antecede, y oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, en su reunión de 3 de agosto de 2021, el Defensor del Pueblo (e.f.), de acuerdo con la legitimación que le confieren los artículos 162.1.a) de la Constitución, el 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional y el 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, que regula esta institución, ha resuelto no interponer recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-COV-2.

Real Decreto Ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el real decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2

Se recibieron varias solicitudes de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto Ley 8/2021. De conformidad con el Protocolo del Defensor del Pueblo de 16 de abril de 2021, se solicitó a la persona interesada una ampliación de datos que no fue cumplimentada, por lo que se le envió al interesado el texto adjunto que se menciona, que de conformidad con dicho Protocolo no es una Resolución.

El pasado 26 de mayo se le trasladaba, en relación con su solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad que el «Protocolo de tramitación de las solicitudes de interposición de recursos de inconstitucionalidad y de recursos de amparo» del Defensor del Pueblo (2021) establece en su apartado 4.º, b) i, que la Junta de Coordinación podrá adoptar, ante la inexistencia de una mínima fundamentación argumental de la petición de recurso, a propuesta del director del área, la decisión de «solicitar una ampliación de datos que fundamente la petición de recurso».

En virtud de ello, teniendo en cuenta la brevedad de su escrito de solicitud y el resultado del análisis preliminar llevado a cabo en esta institución, que no aprecia motivos de inconstitucionalidad en el Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo (norma con rango de ley ordinaria), la Junta de Coordinación, en su reunión de 18 de mayo de 2021, acordó solicitarle, en el plazo de 15 días naturales desde la recepción de nuestra comunicación, una ampliación de datos, que ha de consistir en nuevos argumentos, legales y/o jurisprudenciales, para dotar de fundamento a su solicitud de recurso de inconstitucionalidad, que puede cumplimentar si lo estima oportuno o bien no hacerlo. Recibida o no la ampliación de datos que se le solicita, el Defensor del Pueblo resolverá lo que proceda en el plazo legalmente establecido.

Trascurrido el mencionado plazo sin haberse recibido escrito con nuevos argumentos, y previo informe, de conformidad con el artículo 18.1.b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Defensor del Pueblo, de la Junta de Coordinación y Régimen Interior en su reunión de 28 de julio de 2021, y de conformidad también con el punto 4.º b. ii del «Protocolo de tramitación de las solicitudes de interposición de Recursos de Inconstitucionalidad y amparo» del Defensor del Pueblo, 16 de abril de 2021, se ha decidido, por las razones expuestas en el escrito de 26 de mayo de 2021, y que se tienen por reproducidas, no interponer recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto Ley 8/2021, de 4 de mayo (Boletín Oficial del Estado del 5 de mayo).

Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-COV-2

I. La solicitud se dirige específicamente contra el artículo 3 del Real Decreto-ley. El interesado considera que este artículo atenta contra la autonomía de la voluntad y contra la igualdad y, aunque no lo cita expresamente, considera por lo tanto que se vulnera lo dispuesto en los artículos 9.2 y 14 de la Constitución.

II. Antes de nada, es preciso realizar una exposición sistemática de los argumentos del interesado. Así, en primer lugar, se expone la normativa legal cuya constitucionalidad se discute, junto con los argumentos esgrimidos por el interesado.

1. El artículo 3 del Real Decreto-ley establece lo siguiente:

“Artículo 3. Posibilidad de celebrar reuniones.

6. Excepcionalmente, durante dicho periodo la junta de propietarios podrá reunirse a solicitud del presidente o de la cuarta parte de los propietarios, o un número de estos que representen al menos el 25 por 100 de las cuotas de participación si fuera necesaria la adopción de un acuerdo que no pueda demorarse hasta el 31 de diciembre de 2021. Entre los acuerdos que no pueden demorarse se entenderán incluidos en todo caso los atinentes a las obras, actuaciones e instalaciones mencionadas en el artículo 10.1.b) de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, que sí requieran acuerdo de la junta.
7. En el supuesto previsto en este artículo, la junta de propietarios podrá celebrarse por video conferencia o por conferencia telefónica múltiple, siempre que:
 - c) Todos los propietarios dispongan de los medios necesarios, lo que será comprobado por el administrador con antelación a la junta; y
 - d) El secretario reconozca la identidad de los propietarios asistentes a la junta y así lo exprese en el acta.
8. En el supuesto previsto en este artículo, será también posible la adopción de acuerdo sin celebración de junta mediante la emisión de voto por correo postal o comunicación telemática, siempre que puedan cumplirse las debidas garantías de participación de todos los propietarios, identidad del remitente y de recepción de la comunicación.

En estos supuestos, el presidente de la comunidad solicitará el voto a todos los propietarios mediante escrito en el que se hará constar la fecha, el objeto de la votación, que deberá expresarse de manera clara, la dirección o direcciones habilitadas para el envío del voto, y el plazo para emitirlo, que será de 10 de días naturales.

El acuerdo se entenderá adoptado en el domicilio en el que se encuentre el secretario o el secretario administrador y el último día del plazo establecido para la emisión del voto.

A efectos del artículo 15.2 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, se entenderá que el momento de inicio de la junta es el de la solicitud del voto por parte del presidente.

9. No obstante lo dispuesto en este artículo, la junta de propietarios podrá celebrarse de forma presencial cuando se garanticen las medidas de seguridad en cada momento aplicables.
10. A los efectos del artículo 18 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, será causa de impugnación de los acuerdos adoptados conforme a lo dispuesto en este artículo, el incumplimiento de las garantías de participación e identificación que en él se establecen”.

III. Centrando la cuestión planteado por el interesado, esta se resume en la posible vulneración de la autonomía de la voluntad y de la igualdad de todos los españoles, derechos garantizados por los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, como ya se ha comentado.

Sin embargo, un simple análisis del tenor literal del artículo cuya constitucionalidad se discute deja ver que ello no es así. Y ello por dos razones fundamentales, a saber: a) el artículo en cuestión establece la posibilidad de celebrar las juntas de comunidades de propietarios por videoconferencia o por conferencia telefónica múltiple, pero ello no es una obligación; y b) para que ello sea posible deben concurrir una serie de requisitos que la ley establece claramente. Ha de tenerse en cuenta que, en el caso de que se celebre una junta de esta manera y dichos requisitos no concurrieran, los acuerdos adoptados en esas circunstancias siempre serían susceptibles de impugnación.

De todo ello se aprecia una vulneración de la igualdad entre los miembros de la comunidad, ni una merma de la autonomía de la voluntad de los mismos. Habrá de ser una decisión con la que estén conformes los miembros de la junta en cuestión que las reuniones se celebren en estas modalidades. Pero ello en ningún caso implica violación alguna del texto constitucional.

La presente Resolución, por todo lo dicho, ha de ser desestimatoria de la solicitud.

FUNDAMENTOS

ÚNICO. - De acuerdo con los argumentos anteriormente expuestos, la presente Resolución ha de ser desestimatoria de la solicitud.

RESOLUCIÓN

En virtud de cuanto antecede, y oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, en su reunión de 3 de agosto de 2021, el Defensor del Pueblo (e.f.), de acuerdo con la legitimación que le confieren los artículos 162.1.a) de la Constitución, el 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional y el 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, que regula esta institución, ha resuelto no interponer recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-COV-2.

Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales

Se recibieron varias solicitudes de interposición de recurso contra la Ley Orgánica 7/2021, sin aportar argumentos jurídicos.

ANTECEDENTES

PRIMERO. Mediante escrito recibido en el Registro del Defensor del Pueblo el 18 de junio de 2021 una ciudadana solicitó recurso de inconstitucionalidad frente a la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales (Boletín Oficial del Estado número 126, de 27 de mayo).

La ciudadana presenta un breve escrito en el que cita los artículos 5, punto d), punto k), 9, 15, 17 y 24 y, sin aportar argumentos jurídicos, expresa su desacuerdo y solicita recurso de inconstitucionalidad «para parar esta ley que oprime más nuestros derechos fundamentales».

SEGUNDO. El 14 de diciembre de 2020 el Defensor del Pueblo se pronunció, descartando la presentación de recurso, sobre una solicitud relativa a la Ley Orgánica 1/2020, que trasponía a España la Directiva (UE) 2016/681 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del Registro de Nombres de los Pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave. Se pretendía que los Estados miembros de la Unión Europea transfiriesen los datos PNR de los vuelos exteriores de la Unión Europea a una Unidad de Información sobre Pasajeros a crear en cada Estado, sin perjuicio de que pudiera también aplicarse a los vuelos interiores de la Unión, según el criterio de cada país. Asimismo, la Directiva exigía la creación de un sistema uniforme en la Unión Europea para el tratamiento de los datos PNR. Se trataba de facilitar, en el ámbito de toda la Unión, la persecución del terrorismo y de otros delitos que se especifican.

Ahora se solicita la interposición de recurso frente a una Ley Orgánica (la 7/2021, de 26 de mayo), que es la trasposición de una Directiva de la Unión Europea de la misma fecha que la anteriormente citada; en concreto, la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las

autoridades competentes para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

Hay una clara conexión entre ambas Directivas y las Leyes Orgánicas respectivas de su trasposición a España (trasposición que es una obligación del Estado cuyo incumplimiento es susceptible de sanción económica, conforme al Derecho de la Unión Europea): en ambos casos se trata de prevenir, detectar, investigar y enjuiciar delitos. Y, para hacerlo, de recopilar datos personales, estableciendo límites y garantías (se trata de la protección de las personas) en orden a impedir un poder omnímodo del Estado. A ello se orienta el Derecho europeo y el Derecho español que lo traspone.

Se trata ahora de reforzar el espacio de la cooperación policial y judicial penal en el seno de la Unión Europea mediante el tratamiento de datos personales de manera compatible con los estándares de protección de los derechos fundamentales y las libertades de los ciudadanos (artículo 8, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 16, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y artículo 18.4 de la Constitución), estableciéndose como autoridades competentes para el tratamiento de datos, además de los jueces penales y los fiscales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, las Administraciones penitenciarias, la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, el Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias y la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo (artículo 4).

FUNDAMENTOS

PRIMERO. La Ley Orgánica 7/2021 cumple una obligación de España como Estado miembro de la Unión Europea al trasponer la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016.

Tras una primera versión del Anteproyecto de Ley (marzo de 2020), se emitieron numerosos informes de los Ministerios y, posteriormente, un informe del Consejo General del Poder Judicial emitido el 26 de junio de 2020, otro del Consejo Fiscal el 7 de mayo de 2020, otro de la Agencia Española de Protección de Datos de 24 de abril de 2020, así como de las Agencias Vasca y Catalana de Protección de Datos (de 29 y 24 de abril de 2020, respectivamente). Se solicitaron informes también a las comunidades autónomas del País Vasco y Cataluña, evacuados el 12 y 18 de junio de 2020, respectivamente.

Con las aportaciones recibidas se dio nueva redacción al Anteproyecto de Ley en octubre de 2020 que, remitido al Consejo de Estado, dio lugar al dictamen 675/2020, de 28 de enero de 2021.

SEGUNDO. El Consejo de Estado, en su dictamen, llevó a cabo un análisis sobre los derechos fundamentales afectados en el anteproyecto, en concreto el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos, en su conexión con la necesaria preservación de la seguridad pública.

Recuerda que «de la doctrina del Tribunal Constitucional se desprende, primeramente, que los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos personales no son absolutos ni ilimitados, como no lo son ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionales relevantes, siempre que la restricción que aquellos hayan de experimentar se revele como necesaria para lograr el fin legítimo previsto, sea proporcionada para alcanzarlo y, en todo caso, respetuosa con el contenido esencial del derecho (Sentencias del Tribunal Constitucional 57/1994, de 28 de febrero y 143/1994, de 9 de mayo)».

Tras recordar la doctrina del Tribunal Constitucional, concluye el Consejo de Estado:

«De la síntesis de la jurisprudencia constitucional expuesta, deriva que la limitación de los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de los datos de carácter personal solo puede entenderse constitucionalmente legítima desde la perspectiva de ambos derechos fundamentales si, en primer lugar, las medidas se autorizan por existir un interés constitucional relevante que justifique esa restricción y se revelen como necesarias para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo; si, en segundo lugar, dichas medidas están legalmente previstas con suficiente precisión desde las exigencias del principio de reserva de ley formal y material; si, en tercer lugar, las medidas de restricción propuestas observan la necesaria adecuación y proporcionalidad para la satisfacción de sus fines y, en todo caso, son respetuosas con el contenido esencial de los derechos; y si, en último término, se arbitran las garantías adecuadas frente a las potenciales intromisiones sobre los derechos a la intimidad y a la protección de los datos de carácter personal. Pues bien, la aplicación de la doctrina expuesta al caso sometido a consulta, permite apreciar, a juicio del Consejo de Estado, que la norma proyectada se ajusta, con carácter general, a los requisitos de legitimidad constitucional que se acaban de reseñar... este Consejo aprecia que la incidencia sobre los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos personales constituye una intervención que cabe reputarse legítima desde una perspectiva constitucional, razón por la cual no formula reparo de constitucionalidad alguno al anteproyecto remitido en consulta».

TERCERO. La legitimación constitucional para la recogida y tratamiento de datos se deriva de la licitud del fin pretendido, del respeto al principio de proporcionalidad y del establecimiento de garantías suficientes para los ciudadanos. En este marco, el Defensor del Pueblo considera que la Ley Orgánica 7/2021 se ajusta a la Constitución por las siguientes razones:

- a) Es lícito el fin pretendido, que es la prevención, investigación, detección y enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, así como la protección y prevención de amenazas contra la seguridad pública. Es loable también el objetivo de la Ley: proteger a las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos de carácter personal por parte de las autoridades competentes, recopilados para los fines antes enunciados. Es la existencia de este tipo de leyes -de ámbito tanto europeo como español- lo que limita las posibilidades de actuación de los poderes públicos, y por tanto las posibles lesiones de los derechos fundamentales de los ciudadanos, en un contexto en el que el reflejo del comportamiento humano en datos tratables es una de las características esenciales de nuestro tiempo.
- b) Es proporcional la afectación a los derechos que se deriva de la recogida y tratamiento de datos, de conformidad con los principios del artículo 6 de la Ley Orgánica, y las previsiones sobre plazos de conservación y revisión de los datos (artículo 8), distinción entre categorías de interesados (artículo 9), sobre la licitud del tratamiento (artículo 11), o sobre el tratamiento de los datos más sensibles (artículo 13), entre otras pormenorizadas estipulaciones.

Así, el artículo 6 impide el tratamiento de los datos «de forma incompatible con esos fines»; los datos serán «no excesivos en relación con los fines para los que son tratados»; «se adoptarán todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen, sin dilación indebida, los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que son tratados»; serán conservados «durante un período no superior al necesario para los fines para los que son tratados».

Con respecto al tiempo de conservación de los datos, «el responsable del tratamiento deberá revisar la necesidad de conservar, limitar o suprimir el conjunto de los datos personales contenidos en cada una de las actividades de tratamiento bajo su responsabilidad, como máximo cada tres años, atendiendo especialmente en cada revisión a la edad del afectado, el carácter de los datos y a la conclusión de una investigación o procedimiento penal. Si es posible, se hará mediante el tratamiento automatizado apropiado» (artículo 8.2).

Con respecto a la distinción entre categorías de interesados, todos los cuales gozan de presunción de inocencia en relación al motivo del tratamiento actual de sus datos (artículo 9 in fine), se diferencia entre sospechosos, condenados, víctimas y terceros.

El tratamiento de datos solo será lícito «ara los fines señalados» y llevado a cabo «por una autoridad competente» (artículo 11).

Con respecto a lo que pudiéramos denominar datos más sensibles (raza, opiniones políticas, religión, salud, vida sexual...), solo podrán ser tratados si se encuentra previsto en una norma con rango de ley o por el Derecho de la Unión (lo que no es el caso), o si resulta necesario para proteger los intereses vitales o los derechos fundamentales del interesado o de un tercero o si los datos han sido hechos manifiestamente públicos por el interesado (artículo 13.1). Esta cuestión, realmente muy sensible, está protegida de posibles excesos al ser una infracción sancionada con multa de entre 360.001 y un millón de euros.

- c) Goza de suficientes garantías, de las que se ocupan los artículos 20 a 26 (derechos de las personas). Un muy severo régimen sancionador, con multas de entre 6.000 y un millón de euros, está ordenado a prevenir las infracciones que pudieran producirse.

Así, «el interesado tendrá derecho a obtener del responsable del tratamiento confirmación de si se están tratando o no datos personales que le conciernen. En caso de que se confirme el tratamiento, el interesado tendrá derecho a acceder a dichos datos personales» (artículo 22.1), con respecto a los que tiene derecho a solicitar su «rectificación, supresión o la limitación de su tratamiento» (artículo 21.1.e). Un detallado articulado regula la información que debe ponerse a disposición del interesado (artículo 21), el derecho de acceso del interesado a sus datos personales (artículo 22), los derechos de rectificación, supresión de datos personales y limitación de su tratamiento (artículo 23) y las restricciones a ello (artículo 24). En caso de desacuerdo, el interesado podrá acudir a la Agencia de Protección de Datos competente y, en última instancia, a la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 25).

Se trata, en suma, de la adaptación de España al derecho de la Unión Europea en este campo. Esta adaptación debía haberse producido en 2018; por no haberlo hecho a tiempo, la Comisión Europea demandó a España ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pidiendo que se impusiera una multa a tanto alzado cuyo importe corresponde al importe diario de 21.321 euros multiplicado por el número de días de persistencia de la infracción, siempre y cuando este importe supere la suma a tanto alzado mínima de 5.290.000 euros.

Ello da idea de la seriedad de los compromisos que se derivan de la pertenencia a la Unión Europea y de las consecuencias -también económicas- de su incumplimiento.

Por otra parte, no puede olvidarse la filosofía de la ley: limitar la recogida y el tratamiento de datos (que, de no estar sometidos al Derecho, se expandiría ilimitadamente, dados los avances tecnológicos), proteger estos datos y atribuir a los ciudadanos un amplio elenco de derechos con respecto a los mismos, previendo cualquier abuso mediante un sistema de infracciones (hemos contabilizado hasta 38 infracciones diferentes posibles, clasificadas en muy graves, graves y leves) y sanciones económicas (multas) verdaderamente disuasorio para quienes manejan estos datos.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriormente efectuadas, se adopta la siguiente:

RESOLUCIÓN

Previo el preceptivo informe de la Junta de Coordinación y Régimen Interior en su reunión del día 28 de julio de 2021, y con pleno respeto a cualquier otra opinión diferente, el Defensor del Pueblo (e.f.) resuelve en relación con la previsión contenida en el artículo 162.1.a) de la Constitución española y el artículo 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, no interponer recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales (Boletín Oficial del Estado número 126, de 27 de mayo).

Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia

Se recibió una solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 8/2021, por presunta infracción del artículo 24 de la Constitución.

ANTECEDENTES

PRIMERO. Mediante escrito recibido en el Registro del Defensor del Pueblo el 26 de agosto de 2021 un ciudadano solicitó la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra dos artículos de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia (Boletín Oficial del Estado número 134, de 5 de junio).

En concreto, el apartado 3 del artículo 11 que, dentro del Título I de la Ley («Derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a la violencia»), con el epígrafe «Derecho de las víctimas a ser escuchadas» dice que «Los poderes públicos tomarán las medidas necesarias para impedir que planteamientos teóricos o criterios sin aval científico que presuman interferencia o manipulación adulta, como el llamado síndrome de alienación parental, puedan ser tomados en consideración».

Y el párrafo segundo de la letra a) del número 3 del artículo 26, artículo con el epígrafe «Prevención en el ámbito familiar», ubicado en el Capítulo III («Del ámbito familiar») del Título III de la Ley («Sensibilización, prevención y detección precoz»), que dice: «En ningún caso las actuaciones para promover la parentalidad positiva deben ser utilizadas con otros objetivos en caso de conflicto entre progenitores, separaciones o divorcios, ni para la imposición de la custodia compartida no acordada. Tampoco debe ser relacionada con situaciones sin aval científico como el síndrome de alienación parental».

SEGUNDO. Considera el compareciente que «el legislativo no puede indicar al poder judicial cómo ha de valorar la prueba ni qué pruebas puede o no aceptar, ni a las partes qué pruebas puede o no aportar», lo que afectaría a la tutela judicial efectiva. Tampoco el legislativo, añade, podría orientar a organismos públicos (Ministerio de Justicia, consejerías de Justicia autonómicas, etcétera) para que «se inmiscuyan en las pruebas periciales de equipos psicosociales o de servicios sociales, para decirles lo que es o no científico, ya que estarían falsificando informes y ocultando situaciones que pueden ser de interés judicial».

TERCERO. Cita a continuación una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (se trata de «Case of R.I. and others v. Romania», de 4 de diciembre de 2018) y manifiesta que, conforme a dicha sentencia, «la alienación parental existe», y en el caso concreto el Tribunal «deplora que el Estado no intervenga para impedir este proceso de maltrato». De los criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la mencionada sentencia deduce, con respecto a los artículos 11 y 26 de la Ley Orgánica 8/2021, que:

- «1. La ley niega la existencia de lo que el TEDH denomina literalmente abuso psicológico y pretende que se permita dicha forma de abuso psicológico.
2. La ley pretende impedir que los poderes públicos tomen medidas para evitar la pérdida de contacto de los hijos con alguno de sus padres, cuando estos piden el auxilio de los poderes públicos para que se hagan respetar sus derechos fundamentales.
3. La ley pretende que, contra el criterio del TEDH las autoridades encargadas de proteger a la infancia, permanezcan pasivas ante la denuncia de esta forma de maltrato.
4. Pretenden que incumpla con la obligación de penalizar la actividad obstructiva del maltratador.
5. Esta ley pretende impedir que los psicólogos adviertan a las autoridades que pongan en evidencia la situación de abuso psicológico en forma de alienación parental ejercida por algún padre.
6. La ley pretende que las autoridades no presten atención especial a la disolución progresiva de la relación entre los padres y sus hijos y que se permita el comportamiento manipulador del maltratador».

En definitiva, el compareciente solicita recurso contra los preceptos mencionados pues la ley «pretende dejar indefensos a unos niños víctimas del maltrato de alguno de sus padres y permitir infligir el máximo sufrimiento y dolor al otro progenitor valiéndose de la integridad psicológica de sus propios hijos».

CUARTO. La Ley Orgánica 8/2021 tuvo un amplio consenso parlamentario. En la votación del Congreso de los Diputados del 15 de abril de 2021 obtuvo 268 votos a favor (PSOE, PP, Unidas Podemos, Ciudadanos, diputados del Grupo Plural, diputados del Grupo Mixto y el Grupo Republicano), 57 en contra (VOX y PNV) y 16 abstenciones (EH-Bildu, diputados del Grupo Plural y diputados del Grupo Mixto).

FUNDAMENTOS

PRIMERO. Para resolver esta solicitud, es preciso determinar, en primer lugar, qué es el denominado «síndrome de alienación parental» (en adelante SAP). En segundo lugar, si el legislador puede o no establecer normas sobre valoración de la prueba. En tercer lugar, examinar la sentencia del TEDH citada por el compareciente, y su posible incidencia sobre la regulación española en cuestión.

Lo primero es definir el SAP para, a la luz de su significado, valorar si es legítima la prohibición de la invocación de su presunta existencia.

El SAP fue concebido en 1985 por el médico psiquiatra forense norteamericano Richard Gardner, tras su experiencia participando como perito judicial en juicios familiares de custodia. Según su teoría, en la mayor parte de los casos en los que el menor no desea estar con el padre, manifiesta temor, repulsa o culpabiliza al padre de su situación emocional, rechazando estar con él, es porque la madre «aliena» al menor contra el padre, alegando acusaciones falsas de agresión sexual o malos tratos hacia los hijos, lo que genera un trastorno psiquiátrico (una enfermedad) en el menor de «alienación parental». De ahí su denominación de «síndrome».

En el ámbito científico, sin embargo, el SAP no está reconocido como enfermedad por ninguna asociación profesional ni científica del ámbito de la psicología o la psiquiatría infantil americana o europea, porque hasta el momento carece de evidencia empírica o clínica de apoyo y porque no se han realizado estudios empíricos y controlados que confirmen que existe este fenómeno con las características de un trastorno psiquiátrico/psicológico, ni se ha establecido un proceso de evaluación normalizado y criterios de diagnóstico específicos para el mismo. No ha sido catalogado como enfermedad y no está incluido en el manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales (conocido como DSM) ni en la clasificación internacional de enfermedades elaborada por la Organización Mundial de la Salud. Ha sido expresamente descartado por la Asociación Americana de Psiquiatría, la Asociación Americana de Psicología y la Asociación Médica Americana.

En España tampoco ha sido reconocido por ninguna institución médica o psicológica nacional. La Asociación Española de Neuropsiquiatría también se ha mostrado crítica con el SAP y en 2010 publicó una Declaración en contra del uso clínico y legal del llamado «Síndrome de Alienación Parental».

El Consejo General del Poder Judicial, en el marco de sus actuaciones contra la violencia de género, se ha posicionado en contra de la existencia del SAP.

Así, se ha pronunciado en contra de la conclusión diagnóstica de existencia del SAP en la Guía de actuación contra la violencia de género del Observatorio del Consejo General del Poder Judicial, cuando se ha producido previamente una situación de

violencia de género, al haber sido los hijos y las hijas de esa relación también víctimas y testigos de la violencia. Recomienda a los forenses que en la prueba pericial el gabinete psicosocial analice si el rechazo de los menores a la figura del padre está directamente relacionado con el clima de violencia que han podido vivir aquellos, o si algún tipo de interferencia por parte de la madre obstaculiza el cumplimiento del régimen de visitas. En circunstancias de violencia doméstica, mientras persiste la relación, los menores desarrollan conductas de adaptación a través de la evitación, la culpabilización y las alianzas con el foco de la violencia, para evitar sufrimiento, pero cuando ésta finaliza con la separación y perciben la seguridad de la distancia, desarrollan un rechazo de la violencia que se traduce en animadversión al causante de la misma, sin que exista ninguna intervención de la madre. El Observatorio del Consejo General del Poder Judicial considera que no se debe aceptar que se utilice el SAP para deslegitimar denuncias por violencia de género o por abuso sexual. En los casos en que se aprecien problemas de relación y rechazo de los hijos y las hijas hacia el padre, la primera aproximación desde el punto de vista científico debe ser descartar situaciones de violencia y abordarlos como un problema de adaptación o de relación del menor o de su entorno familiar y no como una patología.

En el ámbito jurídico puede citarse también la Sentencia del Tribunal Supremo 162/2016, de 16 de marzo, Sala de lo Civil (Ponente Eduardo Baena), en la que se rechaza que el SAP pueda ser usado o alegado para justificar una u otra decisión de custodia.

El caso comienza ante la solicitud de modificación de la medida sobre guarda y custodia acordada en un procedimiento de divorcio, que acababa de ser rectificada por sentencia (por cambio de domicilio de la madre) hacía cinco meses y que se fundamentaba, en dos circunstancias: (i) que sus hijos presentaban un síndrome de alienación parental provocado por la madre desde el cambio de domicilio a Vigo, lo que trata de fundamentar con la aportación de informes periciales elaborados por una psicóloga el 16 de enero de 2014, ratificados en el acto de la vista; (ii) la inestabilidad laboral de la madre y su actual pareja generan perjuicios a los menores.

El juzgado de primera instancia, que conocía la demanda, partiendo de la dificultad de que un cambio sustancial de circunstancias se dé en tan poco tiempo, entró en el análisis de las causas alegadas, valorando la prueba practicada, y alcanzó la conclusión de que no constaba que los menores padeciesen el síndrome de alienación parental ni ningún otro problema de carácter psicológico, detallando minuciosamente los informes elaborados sobre ello. Tampoco consideraba probado que el traslado de los menores a Vigo, motivado por un cambio de trabajo de la madre, hubiera generado ningún perjuicio a los menores, que eran niños felices.

El caso llegó al Tribunal Supremo, que dio la razón al tribunal de instancia y dice:

(FJ 2º) «Esta Sala no ha negado que pueda acordarse la guarda y custodia compartida por cambio de circunstancias, incluso habiendo precedido convenio regulador de los progenitores sobre la guarda y custodia de los hijos, pero siempre por causas justificadas y serias, motivadas por el tiempo transcurrido desde que el convenio se llevó a cabo».

Para el Tribunal Supremo la alegación del SAP no es una causa justificada y seria y considera que (FJ 2º) «Esta circunstancia no se da en este supuesto, en el que la sentencia no es que desconozca la doctrina de la Sala sobre guarda y custodia compartida y sobre el interés del menor, sino que funda su decisión en que no ha existido ninguna circunstancia, como hemos expuesto, desde el último procedimiento que justifique la modificación postulada, y siempre teniendo presente el interés de los menores; por lo que el recurso más parece dirigido a revisar las medidas acordadas en este, y en el anterior juicio, que a sustentar una pretensión de cambio de las mismas amparada en una valoración distinta del interés de los menores».

A la vista de la posición de la comunidad científica y jurídica, cabe concluir que, desde ambas perspectivas, es razonable la decisión del legislador de prohibir la mera invocación del SAP como causa suficiente para justificar una decisión de los poderes del Estado en uno u otro sentido, como podría ser, por ejemplo, un cambio en las medidas de custodia adoptadas por convenio anterior.

SEGUNDO. La doctrina procesal distingue, con respecto a la cuestión de la valoración de la prueba, entre sistemas de valoración legal o tasada y sistemas de valoración libre. En los primeros, la ley establece cómo ha de valorarse la prueba.

En los segundos, lo deja enteramente a criterio del juzgador, conforme a las llamadas «reglas de la sana crítica», que va perfilando la jurisprudencia. En España -en cuyo sistema predomina la valoración libre de la prueba- contamos sin embargo con ejemplos de valoración legal o tasada.

Así, el artículo 319.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice que «los documentos públicos comprendidos en los números 1º a 6º del artículo 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella». El artículo 326.1, también de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre documentos privados, dice que «harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen». Ha de citarse, también, el artículo 11.1, segundo inciso, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece que «no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales», precepto aplicable, por su ubicación sistemática, en todos los órdenes jurisdiccionales, y que

obliga al juez, aunque se hubiese practicado la prueba, a decidir el asunto como si tal prueba no existiese.

Sin necesidad de mayores consideraciones cabe concluir que no es cierto que el legislador, como sostiene el compareciente, no pueda establecer para el poder judicial reglas sobre cómo ha de valorar la prueba o, a fortiori, para las administraciones públicas, lo que está pacíficamente admitido antes y después de la Constitución.

TERCERO. No puede sostenerse tampoco que la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 4 de diciembre de 2018 (Case of R.I. and others v. Romania) diga que «la alienación parental existe» con el significado que el compareciente pretende atribuirle para deducir, consiguientemente, que la Ley española no podría prohibir la invocación del SAP sin contradecir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Se ha examinado la versión en inglés (no hay traducción oficial al castellano) de la sentencia citada, que resuelve el caso de una madre que no pudo ver a sus dos hijos durante años debido a que las autoridades otorgaron la custodia al padre y a que los menores no deseaban ver a la madre. Las menciones a la alienación parental en la sentencia son las siguientes:

- a) Al referirse a la alegada violación que hace la madre del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos («respeto a la vida privada y familiar»), se dice que «the first applicant complained on behalf of the second and third applicants that they had been subjected to abuse by their father, in the form of parental alienation» (punto 40) («la primera solicitante se quejó de parte del segundo y del tercero de que habían sido sometidos a abusos por su padre, en la forma de alienación parental»).
- b) Al referirse a la aplicación de los principios jurisprudenciales al caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el punto 63 se refiere a la oposición de los menores a volver a la casa de su madre «possibly under the influence of their father» («posiblemente bajo la influencia de su padre»), pero la Corte reitera que «the lack of cooperation between the parents does not dispense the authorities from taking all the measures which may contribute to maintaining or restoring the family ties» («la falta de cooperación entre los padres no dispensa a las autoridades de tomar todas las medidas que puedan contribuir a mantener o restaurar los lazos familiares»).
- c) Finalmente, en el punto 65 el Tribunal se refiere a que «the psychologist's abuse in the form of parental alienation exercised by the father was confirmed in the psychologist's report of 17 November 2005. The Court deplores the fact that the authorities paid no particular attention to the

progressive dissolution of the relationship between the first applicant and her children and to the father's manipulative behaviour» («el abuso psicológico en la forma de alienación parental ejercitado por el padre fue confirmado en el informe psicológico de 17 de noviembre de 2005. El Tribunal deplora el hecho de que las autoridades no prestarán particular atención a la progresiva disolución de la relación entre la primera demandante y sus hijos y al comportamiento manipulativo del padre»).

El Tribunal considera que hubo un «comportamiento manipulativo» («the father's manipulative behaviour») y una «posible influencia» del padre sobre sus hijos («possibly under the influence of their father») para que decidieran no ver a su madre y que esto no fue debidamente valorado por las autoridades rumanas, a las que acusa de no haber adoptado las medidas adecuadas para proteger a los menores de este comportamiento abusivo.

Es esto lo que el Tribunal sostiene, con independencia de los términos utilizados por la demandante o el perito. En ningún momento lo denomina «síndrome», ni lo cataloga como patología.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos analiza la situación concreta de unos menores, de forma similar a lo que hacen cotidianamente los tribunales nacionales, y constata la manipulación, o la influencia, del padre sobre sus hijos.

Deducir de ello la «consagración judicial» del «síndrome de alienación parental», como ha sido definido anteriormente (que los menores padeciesen una enfermedad, en este caso provocada por el padre para perjudicar a la madre, al revés de lo que hipotéticamente sucedería en lo que se entiende por SAP), es sin duda excesivo.

CUARTO. En efecto, que en el análisis de un caso concreto se constate o no un comportamiento manipulativo de un progenitor (o los dos) sobre los menores, con el daño que esto puede causarles, entra dentro de la normalidad en el análisis de la situación de un menor, y de las consideraciones que debe tener en cuenta el juez a la hora de decidir a favor de su interés superior. Esto siempre ha sido así y lo seguirá siendo en el futuro, pues en este tipo de casos debe primar el principio de protección al superior interés de los niños y niñas, frente al particular de sus progenitores.

Lo que la Ley Orgánica 8/2021 prohíbe, frente a lo que sostiene el compareciente, no es que se procure el interés superior del menor atendiendo a todas las circunstancias concurrentes de hecho (y es notorio que en los casos concretos pueden concurrir circunstancias muy diversas, incluyendo que un progenitor o los dos causen daño a sus hijos de diferentes formas) sino que se invoque un presunto «síndrome de alienación parental» (es decir, un «conjunto de síntomas característicos de una enfermedad o un

estado determinado», acepción de la medicina conforme al diccionario de la Real Academia Española), cuyo sujeto activo (causante de la presunta «enfermedad o estado» en los hijos) serían mujeres-madres que actuarían para causar daño a los hombres-padres y a sus propios hijos. Tal concepción no es científica, sino ideológica. No puede reprocharse por ello a la Ley Orgánica que, en una opción legislativa legítima, la proscriba.

Esta concepción ideológica, de asumirse, afectaría negativamente a la lucha contra la violencia de género, la violencia contra las mujeres. En efecto, si se diagnostica (en sentido médico) que el menor está manipulado y que dicha manipulación tiene efectos negativos sobre su salud mental, lo que se está diciendo es que la mujer «alienadora» es, en realidad, la «maltratadora» y no el varón. Aplicando la definición de síndrome a los supuestos de maltrato por violencia de género, sería imposible refutar la existencia de una animadversión hacia el padre maltratador («prueba diabólica»), ya que tanto el rechazo del menor a su padre, como la lógica resistencia de la madre a perder la custodia por el temor a que se perpetúe la violencia sobre los hijos, serían consideradas como pruebas que confirmarían la existencia del SAP.

En conclusión, es claro que las conductas de los progenitores influyen en los hijos, pero esto no puede entenderse como una enfermedad o un síndrome médico o psicológico inducido que haya que tratar, ni que justifique una intervención del juez o del funcionario público en uno u otro sentido.

De lo que se trata es de determinar caso a caso cual es el interés superior del menor, y adoptar las decisiones que procedan, lo que no resulta afectado por los artículos de la Ley Orgánica 8/2021 cuya impugnación se pretende.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriormente efectuadas, se adopta la siguiente:

RESOLUCIÓN

Previo el preceptivo informe de la Junta de Coordinación y Régimen Interior en su reunión del día 2 de septiembre de 2021, y con pleno respeto a cualquier otra opinión diferente, el Defensor del Pueblo (e.f.) resuelve en relación con la previsión contenida en el artículo 162.1.a) de la Constitución española y el artículo 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, no interponer recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE número 134, de 5 de junio).

Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público

Se recibieron numerosas peticiones de interposición de recuso de inconstitucionalidad en muchas de las cuales se cuestiona la previsión relativa a la convocatoria de pruebas de acceso por el sistema extraordinario de concurso oposición y no por el ordinario de oposición, por entender que con ello se perjudica a quienes no han tenido la posibilidad de optar a puestos en régimen de interinidad ni a contratos temporales que ven con ello mermadas sus posibilidades de acceder al empleo público. Asimismo y desde una perspectiva similar, se cuestiona la valoración de los méritos por considerar excesivo que supongan el 40 % de la puntuación.

En otras solicitudes se cuestiona, por el contrario, la convocatoria de procesos de estabilización del empleo temporal a través de pruebas selectivas, por entender que quienes se encuentran en situación de interinidad o temporalidad deben acceder directamente a la fijeza y, alternativamente, que el acceso sea a través de concurso oposición y no por concurso, así como que la fase de oposición pueda ser eliminatoria y, también, que a esas pruebas puedan concurrir quienes no estén en la situación citada de interinidad o temporalidad.

Se comunicó a los interesados la decisión de no interponer el recurso solicitado en razón de la fundamentación siguiente:

El Real Decreto-ley 14/2021, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reducción de la temporalidad en el empleo público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.2 de la Constitución, ha sido convalidado por el Congreso de los Diputados en su sesión del día 21 de julio pasado, acordándose la tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia. De ello se deriva que el texto actual, aunque vigente, habrá de ser objeto de debate y enmienda en los términos previstos para la tramitación de los proyectos de ley y que tras ello se aprobará y publicará la ley que concrete las medidas para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

Será entonces cuando quepa examinar el contenido de la norma que finalmente se apruebe y tomar en consideración las alegaciones que respecto de la misma puedan entonces formularse, sin que proceda en este momento efectuar pronunciamiento alguno respecto de las previsiones contenidas en el Real Decreto-Ley 14/2021 a fin de no interferir en el procedimiento parlamentario en curso.

Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra la práctica de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego

PRIMERO. En el primero de los escritos dirigido a esta institución, el interesado centra en dos cuestiones las tachas de inconstitucionalidad que aprecia en la citada norma.

A) En primer lugar, considera que la redacción dada al número uno del apartado 1 del artículo 7 de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, por medio del artículo 18 de la norma arriba epigrafiada, resulta contrario a lo que él mismo denomina «derecho a la autonomía del Derecho privado».

En concreto, el interesado dirige sus reproches contra el siguiente inciso de la norma:

«No podrán pagarse en efectivo las operaciones, en las que alguna de las partes intervinientes actúe en calidad de empresario o profesional, con un importe igual o superior a 1.000 euros o su contravalor en moneda extranjera.»

El interesado parte de la consideración de que las relaciones entre los particulares están reguladas en el Código Civil, que entre las fuentes del Derecho recoge la costumbre; circunstancia de la que extrae la consecuencia de que el derecho de los privados ha de ser lo que «ellos quieren y construyen, incluso con sus costumbres». A partir de ahí, se estima que «toda intromisión del poder público que exceda de la mera codificación del Derecho privado, el elaborado por los particulares, va a entrar en conflicto con la autonomía del Derecho privado y así es inconstitucional.»

Sostiene el solicitante de recurso —si bien de manera apodéctica—, que en el caso analizado no puede considerarse que exista una prevalencia del Derecho público sobre el privado y que la prohibición del pago mediante una de sus formas lícitas, como es el uso de efectivo, ha de ser inconstitucional.

B) Por similares razones, también entiende que contraría la norma fundamental lo previsto en el párrafo dos del artículo 19 de la ley examinada, que da nueva redacción al artículo 24 de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862, con el siguiente tenor:

«Artículo 24. En todo instrumento público consignará el Notario su nombre y vecindad, los nombres y vecindad de los testigos, y el lugar, año y día del otorgamiento.

Los notarios en su consideración de funcionarios públicos deberán velar por la regularidad no solo formal sino material de los actos o negocios jurídicos que autorice o intervenga, por lo que están sujetos a un deber especial de colaboración con las autoridades judiciales y administrativas.

En consecuencia, este deber especial exige del Notario el cumplimiento de aquellas obligaciones que en el ámbito de su competencia establezcan dichas autoridades.

En las escrituras relativas a actos o contratos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan a título oneroso el dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles se identificarán, cuando la contraprestación consistiere en todo o en parte en dinero o signo que lo represente, los medios de pago empleados por las partes. A tal fin, y sin perjuicio de su ulterior desarrollo reglamentario, deberá identificarse si el precio se recibió con anterioridad o en el momento del otorgamiento de la escritura, su cuantía, así como si se efectuó en metálico, cheque, bancario o no, y, en su caso, nominativo o al portador, otro instrumento de giro o bien mediante transferencia bancaria.

Igualmente, en las escrituras públicas citadas el Notario deberá incorporar la declaración previa del movimiento de los medios de pago aportadas por los comparecientes cuando proceda presentar esta en los términos previstos en la legislación de prevención del blanqueo de capitales. Si no se aportase dicha declaración por el obligado a ello, el Notario hará constar esta circunstancia en la escritura y lo comunicará al órgano correspondiente del Consejo General del Notariado.

En las escrituras públicas a las que se refieren este artículo y el artículo 23 de esta Ley, el Consejo General del Notariado suministrará a la Administración Tributaria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 de esta Ley, la información relativa a las operaciones en las que se hubiera incumplido la obligación de comunicar al Notario el número de identificación fiscal para su constancia en la escritura, así como los medios de pago empleados y, en su caso, la negativa a identificar los medios de pago. Estos datos deberán constar en los índices informatizados.

El Consejo General del Notariado establecerá un sistema automatizado para que el Notario, a través de aquel, suministre a la Administración Tributaria la identificación de aquellas entidades jurídicas con número de identificación fiscal revocado y no rehabilitado que hubieran pretendido otorgar un documento público.»

En especial, considera el solicitante de recurso que la obligación que se impone a los notarios en el párrafo segundo de dicho precepto, vulnera la que estima constituye su función básica como figura de Derecho privado. Nuevamente de forma apodíctica, se

sostiene que, al margen del hecho de que en España los notarios sean funcionarios públicos, «por su función y por quienes (sic) aquellos a los que sirve (los particulares), el notario no ha de ser tratado como funcionario», a partir de lo cual se considera que la medida establecida es un nuevo ataque al, así denominado, «derecho constitucional a la autonomía del derecho privado».

SEGUNDO. Por medio de un nuevo escrito se plantea otra discrepancia, en este caso con la redacción dada al apartado 6 del artículo 8 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

«6. Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la administración pública, salvo que se trate de la ejecución de medidas de protección de menores acordadas por la Entidad Pública competente en la materia.

Asimismo, corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales cuando dichas medidas estén plasmadas en actos administrativos singulares que afecten únicamente a uno o varios particulares concretos e identificados de manera individualizada.

Además, los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocerán de las autorizaciones para la entrada e inspección de domicilios, locales, terrenos y medios de transporte que haya sido acordada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, cuando, requiriendo dicho acceso e inspección el consentimiento de su titular, este se oponga a ello o exista riesgo de tal oposición.

Los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocerán también de las autorizaciones para la entrada en domicilios y otros lugares constitucionalmente protegidos, que haya sido acordada por la Administración Tributaria en el marco de una actuación o procedimiento de aplicación de los tributos aún con carácter previo a su inicio formal cuando, requiriendo dicho acceso el consentimiento de su titular, este se oponga a ello o exista riesgo de tal oposición.»

El reproche de inconstitucionalidad se dirige en este caso a los dos primeros párrafos del precepto, en la parte que dispone la posibilidad de que se pueda autorizar judicialmente el acceso para la ejecución forzosa de los actos de la administración pública, así como la autorización o ratificación de medidas vinculadas a la salud pública.

Respecto del primer supuesto, se invoca, aunque sin detallar sentencia alguna, la jurisprudencia sobre el artículo 18 de la Constitución para defender que la autorización de entrada en domicilio solo puede concederse cuando se trata de un delito grave. El

interesado estima que la norma habría incurrido en inconstitucional por omisión, al no prever esta salvedad y, además, al disponer la posibilidad de una entrada cuando existen otras medidas menos invasivas de la intimidad e igualmente eficaces, como las multas compulsivas.

Del segundo supuesto que se somete a la consideración de esta institución nada se dice específicamente en el escrito remitido, más allá de estimar que le sería de aplicación la misma jurisprudencia y, por tanto, el mismo marco de inconstitucionalidad por omisión y que no se justifica esta medida en la exposición de motivos de la norma.

TERCERO. Los preceptos aquí citados entraron en vigor al día siguiente de su publicación oficial en el Boletín Oficial del Estado, de conformidad con lo previsto en la disposición final séptima de la propia norma.

FUNDAMENTOS

PRIMERO. A los efectos de esta resolución procede abordar en primer lugar, y de forma conjunta, los dos primeros preceptos sobre los que el solicitante de recurso proyecta sus objeciones.

El planteamiento que hace el interesado debe ser rechazado de plano y ello por el motivo fundamental de que la Constitución no conoce una limitación a la capacidad del legislador del tipo de la que el solicitante pretende que existe.

Desde luego, la norma fundamental no establece la exclusión del derecho privado de las materias susceptibles de regulación normativa en la forma y con el alcance que el interesado mantiene. De hecho, la expresión “derecho privado” únicamente figura dos veces en el texto constitucional (art. 157.1d), para referirse a una tipología de ingresos públicos de las comunidades autónomas, y en la Disposición adicional segunda, para salvaguardar ciertos efectos de la legislación foral sobre la mayoría de edad establecida en el artículo 12].

Otro tanto ocurre con los medios de pago, sobre los que la Constitución no contiene alusión alguna y que solo alude al sistema monetario para configurar su regulación como una competencia exclusiva del Estado.

De igual modo, no puede asumirse el razonamiento la pretensión de que los notarios constituyan figuras de derecho privado y, por tanto, ajenas a la posibilidad de configuración de su estatuto, atribuciones y obligaciones por medio de su normativa reguladora. En el derecho español la incardinación del notariado entre la función pública goza de dilatada tradición y, en virtud de tal condición, se le atribuye la tarea de controlar la legalidad —formal y material, según se precisa— del negocio jurídico en el que se reclama su intervención. Esta tarea de control preventivo de la legalidad encuentra su justificación en la seguridad jurídica, así como en la necesidad de velar por los intereses generales en el contexto de un Estado que se define como social y democrático de derecho. Por tanto, desde esa perspectiva, la previsión de que los notarios deban colaborar con las autoridades para el control de la legalidad en sus diversas vertientes no sólo no entraña problema de constitucionalidad alguno, sino que parece una previsión lógica y coherente con el estatuto de la función notarial en nuestro país.

SEGUNDO. En lo que se refiere a la alegada inconstitucionalidad de la reforma introducida en el artículo 8 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, es preciso aclarar que el solicitante de recurso incurre en un error cuando identifica como novedades unas previsiones que ya figuraban en la norma, esto es los dos primeros párrafos del apartado 6.

De hecho, el primero de los párrafos, que regula la necesidad de autorización judicial para el acceso a domicilios y a lugares que para ello requieran del consentimiento de su titular con el objeto de proceder a la ejecución forzosa de actos de la Administración Pública, figura en dicho precepto desde la redacción original de la norma (apartado 5) y la última reforma que se realizó en el mismo, una adición, se produjo por medio de la Ley 26/2015, de 8 de julio, concretamente a través de la disposición final primera. Desde entonces el texto no ha sido variado.

En lo que se refiere al segundo párrafo, fue introducido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa por la disposición final 14.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, y se le dio nueva redacción a través de la disposición final 2.1 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre.

Por tanto, los apartados sobre los que el interesado proyecta sus reproches de inconstitucionalidad no se han visto afectados por la reforma y, en consecuencia, no procede ahora plantear una duda sobre los mismos por la vía del recurso de inconstitucionalidad.

RESOLUCIÓN

De acuerdo con el informe emitido por la Junta de Coordinación y Régimen Interior, en su reunión de 7 de octubre de 2021, el Defensor del Pueblo (e. f.), en el ejercicio de la atribución que le confieren los artículos 162.1.a) de la Constitución, 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional y 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta institución, ha resuelto no interponer el recurso de inconstitucionalidad solicitado contra los preceptos cuestionados de la Ley 11/2021, de 9 de julio, de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal, de transposición de la Directiva (UE) 2016/1164, del Consejo, de 12 de julio de 2016, por la que se establecen normas contra la prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior, de modificación de diversas normas tributarias y en materia de regulación del juego.

5.1.2 A leyes y decretos autonómicos

Decreto-ley 10/2020, de 8 de octubre, por el que se establecen medidas de lucha contra la ocupación de las viviendas en la Región de Murcia y se modifica la Ley 2/2012, de 11 de mayo, y el Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia

La solicitud se dirige específicamente contra el Capítulo I de la Ley, que contiene varias modificaciones de la Ley 6/2015, de 24 de marzo, de la Vivienda de la Región de Murcia.

El interesado considera que las modificaciones introducidas en la Ley 6/2015 pecan de fraudulentas, arbitrarias y antidemocráticas, al haber sido aprobadas mediante decreto- Ley y producirse unos meses después de haberse modificado la Ley 6/2015.

Comenzando por una cuestión formal, como es el uso de la figura del Decreto-Ley para la regulación de determinadas materias, ha de traerse aquí a colación lo que establece al respecto la jurisprudencia constitucional.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha reconocido el "juicio puramente político" del Gobierno, al que incumbe la dirección política del Estado, para la apreciación de la concurrencia de tales circunstancias, sin perjuicio de que pueda controlar los "supuestos de uso abusivo o arbitrario" (STC 29/1987) que pudieran desvirtuar la potestad legislativa ordinaria de las Cortes Generales, las cuales pueden legislar también por el procedimiento de urgencia (STC 6/1983).

El presupuesto habilitante puede ser apreciado en el Gobierno con un "razonable margen de discrecionalidad", debiendo no obstante hacerse explícita la definición de su concurrencia (lo que se hace habitualmente en el preámbulo del decreto-ley), y no autoriza para incluir disposiciones que no guarden relación con la situación que se trata de afrontar o no modifiquen de forma instantánea la situación jurídica existente. La existencia del presupuesto habilitante puede ser contrastada tanto en vía parlamentaria, como por el propio Tribunal Constitucional (STC 29/1982). Ahora bien, el control que compete al Tribunal Constitucional en este punto es un control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno y al Congreso de los Diputados en el ejercicio de la función de control parlamentario (STC 182/1997).

No obstante, las circunstancias justificativas de los decretos-leyes han de ser entendidas "como necesidad relativa respecto de situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que, por razones difíciles de prever, requieren una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes" (STC 6/1983).

Así, en esta sentencia y en otras posteriores, el Tribunal Constitucional concluye que la utilización del decreto-ley, mientras se respeten los límites del artículo 86 de la Constitución, tiene que reputarse como una utilización constitucionalmente lícita en todos aquellos casos en que hay que alcanzar los objetivos marcados para la gobernación del

país, que, por circunstancias difíciles o imposibles de prever, requieren una acción normativa inmediata o en que las coyunturas económicas exigen una rápida respuesta.

En el caso que nos ocupa, y en contra de lo que opina el solicitante, el Preámbulo justifica la extraordinaria y urgente necesidad de su aprobación, en términos estrictamente constitucionales.

Por ello este motivo no puede ser admitido.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10.1.2 del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia, esta tiene competencia exclusiva en materia de vivienda. Ello implica que puede adoptar las medidas legislativas que considere oportunas, siempre y cuando estas no supongan una vulneración del texto constitucional. Ha de recordarse en este punto que en términos estrictamente constitucionales el derecho a la vivienda es un principio rector de la política social y económica, y que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53.3 de la Constitución, solo podrá ser alegado ante los tribunales de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollan.

Dicho de otra forma, el derecho a la vivienda es un derecho de configuración legal. Esto tiene importantes consecuencias respecto del tema que nos ocupa, ya que básicamente implica que únicamente si las medidas aprobadas en la Ley cuya constitucionalidad se discute son directamente contrarias a lo dispuesto en el artículo 47 de la Constitución podría considerarse que la Ley incurre en inconstitucionalidad.

El motivo principal de la solicitud se dirige, más que contra el fondo, contra la forma de aprobación de las modificaciones a través de decreto- ley. Ha de recordarse que el Tribunal Constitucional ha reconocido en numerosas ocasiones que los Parlamentos tienen libertad para legislar determinada materia como consideren oportuno, siempre dentro de los límites constitucionales, sin que la discrepancia con la legislación que se apruebe pueda ampararse tachando las leyes de arbitrarias (por todas, STC 73/2000, FJ 4).

Por ello este motivo no puede ser admitido.

La presente Resolución, por todo lo dicho, ha de ser desestimatoria de la solicitud.

FUNDAMENTOS

ÚNICO. - De acuerdo con los argumentos anteriormente expuestos, la presente Resolución ha de ser desestimatoria de la solicitud.

RESOLUCIÓN

En virtud de cuanto antecede, y oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, el Defensor del Pueblo, de acuerdo con la legitimación que le confieren los artículos 162.1.a) de la Constitución, el 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional y el 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, que regula esta institución, ha resuelto no interponer recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-Ley 10/2020, de 8 de octubre, por el que se establecen medidas de lucha contra la ocupación de las viviendas en la Región de Murcia y se modifica la Ley 2/2012, de 11 de mayo, y el Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia.

Ley 17/2020, de 22 de diciembre, por la que se modifica la Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista de Cataluña

PRIMERO El Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña número 8303, de 24 de diciembre, publicó el texto de la Ley 17/2020, de 22 de diciembre, por la que se modifica la Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista.

SEGUNDO El 8 de marzo de 2021 compareció ante esta institución Doña María Concepción García Vázquez, presentando escrito firmado por ella misma, en representación de la Plataforma de feminismo radical de Galicia y escritos firmados por 13 personas, en apoyo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad.

Solicitan la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 23, que modifica el artículo 70 de la Ley 5/2008, concretando sus rasgos de inconstitucionalidad en los siguientes motivos

- A. Alegan en primer lugar que el artículo 23 de la Ley 17/2020, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, es inconstitucional ya que modifica el artículo 70 de la Ley 5/2008, ampliando subjetivamente el ámbito de sujetos que entran dentro de la regulación de la norma.
- B. Los preceptos constitucionales que se consideran infringidos son el artículo 10.1, al considerar que dicha ampliación desprotege a las mujeres; el artículo 14, al considerar que la regulación impide la lucha antidiscriminatoria contra la mujer; el artículo 15, al considerar que esa desprotección pone en peligro la vida de las mujeres y permitiría excluirlas de la propia ley frente a ataques protagonizados por "mujeres transexuales" que en realidad son hombres; el artículo 17, al considerar que se pone en peligro su seguridad; y el artículo 18, porque se las obligaría a compartir espacios seguros con hombres que se autoidentifican como mujeres.

TERCERO La invocación de todos estos preceptos se concreta en dos cuestiones principales:

- a) la vulneración del derecho a la igualdad, por incluir dentro de la protección positiva contra la violencia de género a personas que son de sexo masculino, que solo se autoidentifican como mujeres, al margen de cualquier consideración médica o profesional.

- b) la vulneración que, en concreto, puede derivarse para su integridad, seguridad e intimidad derivada del hecho de que estas personas de sexo masculino puedan ser los potenciales agresores o deban compartir espacios de seguridad con mujeres.

A la vista de las alegaciones formuladas, se ha adoptado la resolución que luego se dirá, atendiendo a los siguientes

FUNDAMENTOS

PRIMERO. Resulta preciso en primer lugar recordar que la búsqueda de la interpretación del precepto más acorde a la Constitución, es una obligación de todos los poderes públicos con carácter previo a la interposición de un proceso constitucional (STC 108/1986). Será pues necesario explorar las posibilidades interpretativas de los preceptos cuestionados ya que, si hubiera alguna que permitiera salvar la primada de la Constitución, más concretamente, la integridad del derecho a la tutela judicial efectiva, resultaría procedente un pronunciamiento interpretativo de acuerdo con las exigencias del principio de conservación de la Ley (STC 341 /1993). La vinculación de todos los poderes públicos a la interpretación más favorable a los derechos fundamentales viene recogida en la conocida doctrina establecida, además, por las STC 11211989 y 11711987.

SEGUNDO. Por lo que se refiere al derecho a la igualdad por la ampliación de cobertura subjetiva de protección, lo que viene a invocarse es una suerte de "discriminación por indiferenciación" entendida como la prohibición de otorgar un tratamiento igual a situaciones que son diferentes ante la ley. El Tribunal Constitucional ha establecido que la "discriminación por indiferenciación" no puede situarse en el ámbito de protección del artículo 14 CE, porque lo que éste impide es la distinción infundada o discriminatoria (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3).

En la STC 198/2012, de 6 de noviembre sobre matrimonio igualitario, los recurrentes planteaban, de forma similar a lo que argumenta ahora, que la ampliación de ese tipo de matrimonio lo era en detrimento de las parejas heterosexuales. La argumentación utilizada por el Alto Tribunal para desestimar la pretensión de inconstitucionalidad es, a juicio del Defensor del Pueblo, de aplicación en esta ocasión.

Se alegaba entonces que la vulneración del principio de igualdad se producía por la equiparación de derechos entre parejas del mismo sexo y parejas de distinto sexo y se alegaba que tal equiparación era contraria a los artículos 1.1, 9.2 y 14 CE, y a la interpretación que de estos preceptos había realizado antes ese momento el Tribunal Constitucional, puesto que no tendría en cuenta que el matrimonio y las parejas del mismo sexo son realidades distintas que deben ser tratadas de un modo diferente.

Pues bien, en su fundamento jurídico tercero, la citada STC 198/2012 rechaza esta pretensión en aplicación de la doctrina sostenida sobre la "discriminación por indiferenciación" El Tribunal Constitucional ha establecido reiteradamente que el artículo 14 CE no consagra un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual (por todas, STC 117/2006, de 24 de abril, FJ 2).

Sin embargo, sí que ha reconocido que "cuestión distinta es que los poderes públicos, en cumplimiento del mandato del artículo 9.2 CE, puedan adoptar medidas de trato diferenciado de ciertos colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimas, promoviendo las condiciones que posibiliten que la igualdad de los miembros que se integran en dichos colectivos sean reales y efectivas o removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud" (STC 69/2007, de 16 de abril, FJ 4). Por tanto, habiendo dicho ya que el principio de igualdad no puede fundamentar un reproche de discriminación por indiferenciación (por todas, STC 30/2008, de 25 de febrero, FJ 7) y no pudiendo por tanto censurar lo que en la STC 135/1992, de 5 de octubre, denominamos "desigualdad por exceso de igualdad" (FJ 9), no resulta posible censurar la Ley desde la perspectiva del principio de igualdad por abrir la institución matrimonial a una realidad -las parejas del mismo sexo- que presenta características específicas respecto de las parejas heterosexuales".

Por lo anterior, de conformidad con la doctrina constitucional que se acaba de exponer, no se puede considerar que la redacción dada al artículo 70 de la Ley 5/2008, por el artículo 23 de la Ley 17/2020 vulnere el derecho fundamental recogido en el artículo 14 de la Constitución española.

TERCERO. Por lo que se refiere a las situaciones de peligro o desprotección que, en concreto, puedan derivarse de personas de sexo masculino autoidentificadas como mujeres al margen de cualquier consideración médica o profesional, parecen querer identificarse con situaciones en las que esa autoidentificación se produzca de manera fraudulenta, para evitar situaciones de impunidad o para provocar situaciones de intromisión en espacios de seguridad.

Pues bien, analizada en estos términos, la cuestión que se plantea en realidad no es un reproche abstracto a la norma sino a situaciones en las que una persona concreta pueda usarla en fraude de ley. En tal caso, la reparación de esas situaciones tendrá como vía su impugnación en la vía judicial ordinaria o, en su caso, en la vía de amparo constitucional.

CUARTO. Por último, el artículo 70.2, cuya inconstitucionalidad se alega, establece que "Las mujeres transgénero que no tienen la mención de sexo registrada como mujer en la documentación oficial se equiparan, a los efectos de la presente ley, a las demás

mujeres que han sufrido violencia machista en la medida que se reconocen como mujeres". La interpretación que realizan las recurrentes se centra en que la norma toma la definición de mujeres transgénero a partir de la autoidentificación. Sin embargo, existe otra interpretación posible ya que la ley conecta ese criterio con aquellas que no tienen la mención de sexo como mujer en la documentación oficial, lo que también puede ser interpretado, por ejemplo, en relación con mujeres transgénero que ya hayan comenzado la transición, pero que no haya podido concluirse o culminarse con la modificación registral, como una forma de evitar su desprotección en un proceso en que incluso puede hasta existir una situación de disforia de género.

RESOLUCIÓN

Por cuanto antecede, previo informe de la Junta de Coordinación y Régimen Interior, según prevé el artículo 18.1.b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de esta Institución, he resuelto no interponer recurso de inconstitucionalidad solicitado contra el artículo 23 de la Ley 17 /2020, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista.

Ley 3/2020, de 28 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2021

PRIMERO. Los preceptos de la norma presupuestaria andaluza que son objeto de reproche de inconstitucionalidad por parte de la entidad compareciente tienen el siguiente tenor literal:

«Disposición adicional vigésimosegunda. Creación de la Agencia Digital de Andalucía.

1. Se crea la Agencia Digital de Andalucía, en lo sucesivo la Agencia, como agencia administrativa de las previstas en el artículo 65 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, que tiene como fines:
 - a) La definición y ejecución de los instrumentos de tecnologías de la información, telecomunicaciones, ciberseguridad y gobierno abierto y su estrategia digital, en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía, sus agencias administrativas y sus agencias de régimen especial.
 - b) La definición y coordinación de las políticas estratégicas de aplicación y de seguridad de las tecnologías de la información y de las comunicaciones en el ámbito del sector público andaluz no incluido en el párrafo anterior, incluyéndose los consorcios referidos en el artículo 12.3 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, así como la ejecución de los instrumentos comunes que las desarrollen y la definición y contratación de bienes y servicios de carácter general aplicables.
2. Por decreto del Consejo de Gobierno se adscribirá la Agencia a una Consejería, la cual ejercerá el control de eficacia de la misma, sin perjuicio de las competencias atribuidas a la Consejería competente en materia de Hacienda por el texto refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo.
3. Mediante acuerdo del Consejo de Gobierno podrán ampliarse los fines de la Agencia en el ámbito del sector público andaluz no incluido en el párrafo a) del apartado 1.

4. La Agencia goza de personalidad jurídica pública diferenciada, plena capacidad jurídica y de obrar, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión para el cumplimiento de sus fines.
5. Ejercerá sus funciones con objetividad, profesionalidad, sometimiento al ordenamiento jurídico e independencia en el ejercicio de las mismas.
6. Se regirá, en cuanto a su organización y funcionamiento, por la presente disposición adicional, por sus estatutos y por las demás disposiciones que la desarrollen. Asimismo, le será de aplicación la Ley 9/2007, de 22 de octubre, el texto refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, la Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y demás normativa de aplicación.
7. Los recursos económicos de la Agencia estarán formados por:
 - a) Las dotaciones presupuestarias que anualmente le asigne la Ley del Presupuesto de la Comunidad Autónoma.
 - b) Las subvenciones o dotaciones presupuestarias que, con cargo al presupuesto de cualquier otro ente público o privado, pudieran corresponderle.
 - c) Los ingresos que perciba como contraprestación por las actividades que pueda desarrollar en virtud de contratos, convenios o disposiciones legales para otras entidades públicas o privadas o personas físicas, incluyendo aquellos recibidos como consecuencia del patrocinio de actividades o instalaciones.
 - d) Los ingresos devengados por la explotación o uso de sus soluciones, aplicativos o desarrollos tecnológicos.
 - e) El producto de la enajenación de los bienes y valores que constituyan su patrimonio, de conformidad con lo establecido en la normativa en materia de patrimonio.
 - f) El rendimiento procedente de sus bienes y valores.
 - g) Las aportaciones voluntarias, donaciones, herencias, legados y cualquier otra transmisión a título gratuito de particulares o empresas privadas.
 - h) Cualquier otro ingreso público o privado que pudiera corresponderle conforme a la legislación vigente.
 - i) Cualquier otro recurso que se le pueda atribuir.

8. El funcionamiento efectivo de la Agencia se iniciará el día de la entrada en vigor del decreto del Consejo de Gobierno por el que se aprueben sus estatutos. La dotación de la Agencia en el momento de su puesta en funcionamiento será:
 - a) La totalidad del presupuesto del Capítulo de Gastos de personal correspondiente a la estructura objeto de integración que se define en el apartado 2 de la disposición transitoria tercera de la presente Ley.
 - b) La parte proporcional del presupuesto del Capítulo de Gastos de personal de los servicios de gestión del personal, presupuestaria y del gasto, de la contratación y funciones generales de administración, registro y archivo, atribuible a la estructura objeto de la integración a propuesta del órgano directivo central competente en materia de Administración Pública.
 - c) La parte proporcional del presupuesto del Capítulo de Gastos corrientes en bienes y servicios atribuible al personal que integra la estructura sujeta a integración.
 - d) Todo el presupuesto dedicado al gasto e inversión en tecnologías de la información y la comunicación gestionado por la Dirección General de Estrategia Digital y Gobierno Abierto.

La Consejería competente en materia presupuestaria, dentro de las disponibilidades presupuestarias existentes, habilitará los créditos necesarios y realizará las oportunas modificaciones presupuestarias para la puesta en marcha, funcionamiento y ejercicio de las competencias y funciones de la Agencia.

9. El régimen jurídico del personal adscrito a la Agencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, será el establecido para el personal funcionario, laboral y, en su caso, estatutario, al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía. El personal laboral proveniente de las entidades del sector público andaluz incluidas en el objeto de la Agencia que realice funciones en materia de tecnologías de la información y la comunicación se integrará en la misma manteniendo las condiciones de su entidad de origen, según lo previsto para la sucesión de empresas en la legislación laboral. El acceso, en su caso, de este personal a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía solo podrá efectuarse previa superación de las correspondientes pruebas selectivas convocadas en ejecución de

las ofertas de empleo público de conformidad con lo establecido en la legislación de función pública.

10. La relación de puestos de trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía se adecuará a lo establecido en el Anexo de Personal que acompaña a esta Ley, integrando así en la Agencia Digital de Andalucía el personal, unidades administrativas y puestos de trabajo determinados en el citado Anexo.»

«Disposición transitoria tercera. Adscripción provisional de medios humanos y materiales a la Agencia Digital de Andalucía.

1. Se asignan a la Agencia Digital de Andalucía una sección y un programa propios en el Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 2021, donde se recogen las dotaciones de crédito necesarias para su funcionamiento.
2. A partir del inicio del funcionamiento efectivo de la Agencia y hasta la aprobación de su Relación de Puestos de Trabajo, se le adscriben orgánica y funcionalmente los medios humanos procedentes de la Dirección General de Estrategia Digital y Gobierno Abierto, así como aquellos puestos de trabajo de las diferentes Consejerías y agencias recogidos como Anexo al decreto del Consejo de Gobierno por el que se aprueben los estatutos de la Agencia. Dicho Anexo determinará el personal laboral propio del Servicio Andaluz de Empleo y de la Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía que se integre en la Agencia por aplicación de lo dispuesto en el apartado 9 de la disposición adicional vigesimosegunda.
3. A partir del inicio del funcionamiento efectivo de la Agencia, durante el ejercicio 2021, la Agencia Digital de Andalucía asume la dirección de los encargos y convenios, así como la condición de responsable de los contratos, cuyo objeto esté relacionado con las tecnologías de la información y comunicación de la Administración de la Junta de Andalucía, las agencias administrativas, exceptuando el Servicio Andaluz de Salud, y de las agencias de régimen especial. No obstante, corresponderá a las Consejerías y agencias, con cargo a sus respectivos presupuestos y sobre la base de los requerimientos técnicos delimitados por la Agencia, la contratación o la tramitación de nuevos encargos referidos a las materias mencionadas.
4. A partir del inicio del funcionamiento efectivo de la Agencia y hasta la aprobación de su Relación de Puestos de Trabajo, la gestión administrativa y de retribuciones del personal adscrito a la Agencia se realizará por la

Consejería o entidad a la cual estuvieran adscritos en el ejercicio 2020 con cargo a los créditos de la Agencia.

5. Mediante acuerdo del Consejo de Gobierno se determinará el inicio por la Agencia del desempeño pleno de sus fines y funciones en el ámbito del Servicio Andaluz de Salud junto a la integración en la Agencia del personal del Servicio Andaluz de Salud que desempeñe funciones en materia de tecnologías de la información y la comunicación, así como de la dotación definida en los párrafos a), b) y c) del apartado 8 de la disposición adicional vigesimosegunda y de todo el presupuesto dedicado al gasto e inversión en tecnologías de la información y la comunicación.
6. Los acuerdos del Consejo de Gobierno que, según lo dispuesto en el apartado 3 de la disposición adicional vigesimosegunda, amplíen los fines de la Agencia en entidades del sector público andaluz distintas a las previstas en el párrafo a) del apartado 1 de dicha disposición, determinarán el personal laboral de las mismas que se integre en la Agencia conforme a lo previsto en el apartado 9 de la misma.»

También se pone en cuestión la disposición final segunda, por medio de la cual se realizan modificaciones en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, aunque los razonamientos se circunscriben al punto tres de la misma, que introduce dos nuevos párrafos en el artículo 67 de la referida norma

«Disposición final segunda. Modificación de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

(...)

Tres. Se añaden dos nuevos apartados 3 y 4 al artículo 67, con la siguiente redacción:

«3. En los casos en que la creación de la agencia afecte, total o parcialmente, al objeto, servicios o actividades desarrollados hasta entonces por otras entidades instrumentales, la ley de creación podrá establecer la subrogación del personal laboral afectado conforme a lo dispuesto en el artículo 52 bis para la transformación de entidades y, en su caso, el artículo 60 para la disolución, liquidación y extinción de agencias.

4. Igualmente, en caso de que una agencia administrativa preexistente asuma total o parcialmente el objeto, servicios o actividades desarrollados hasta entonces por otras entidades pertenecientes al sector público andaluz, podrá

establecerse la subrogación del personal laboral afectado conforme a lo dispuesto en el artículo 52 bis para la transformación de entidades y, en su caso, el artículo 60 para la disolución, liquidación y extinción de agencias.»

Se cita igualmente entre los preceptos a recurrir una Disposición final decimocuarta, de modificación de la ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, punto uno, que añadiría un artículo 52 bis a la referida norma. Sin embargo, no se alcanza a comprender la inclusión de este precepto en la lista de disposición sobre las que se solicita recurso, dado que el mismo fue introducido por la Ley 3/2019, de 22 de julio, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2019 y, por tanto, no puede ser en esta fecha objeto de examen en el marco de un recurso de inconstitucionalidad. La mencionada ley de presupuestos para 2019 es aludida por la ley presupuestaria andaluza para 2021 en dos ocasiones, aunque en contextos nada tienen que ver con las cuestiones a las que aquí se ha hecho referencia, y el propio precepto indicado (art. 52 bis) se cita en los dos párrafos que la Ley 3/2020 introduce en el artículo 67 de la ley de la Administración de la Junta de Andalucía. Además de ello, la solicitud de recurso no contiene un mínimo razonamiento referido a este asunto, por lo que debe concluirse que la inclusión de esta mención es fruto de una inadvertencia.

La ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 2021 entró en vigor el 1 de enero de 2021, día siguiente al de su publicación oficial, de acuerdo con lo dispuesto en su disposición final undécima. Por su parte, la disposición final décima determinó la vigencia indefinida de las tres disposiciones transcritas.

SEGUNDO. Como justificación para su pretensión la entidad solicitante de recurso aprecia la vulneración de los artículos 66.2 y 134.2 de la Constitución, ya que considera que se trata de una regulación ajena al contenido propio de las leyes de presupuestos, todo ello puesto en relación con el propio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la ley fundamental.

Respecto de la disposición adicional vigésimosegunda se indica que, aunque la exposición de motivos menciona que la creación de la agencia ha de entenderse en conexión con los criterios de política económica del Gobierno andaluz, considera la entidad compareciente que la Constitución no establece que la función de la ley presupuestaria sea la mejor inteligencia y ejecución de la política económica del Gobierno, de Andalucía en este caso.

Se defiende que la medida adoptada no guarda una directa relación con los ingresos o los gastos, así como que la creación de las unidades administrativas que forman parte de la nueva Agencia Digital Andaluza no se producirá hasta tanto se publica la correspondiente relación de puestos de trabajo, por lo que en su criterio

carecería de sentido que dispusieran de personal y no deberían figurar en los presupuestos de dicha agencia.

También se alude a que, en cualquier caso, con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional, no deben incorporarse a las leyes de presupuestos normas sin la necesaria vinculación con los gastos e ingresos públicos o en las que dicha vinculación resulte solamente accidental o secundaria. Se defiende que este sería aquí el caso, dado que esta nueva agencia, según la entidad compareciente, no va a suponer incremento o minoración de los ingresos de las administraciones públicas.

Se rechaza igualmente que esta disposición tenga alguna virtualidad para entender mejor el contenido propio de las leyes de presupuestos o para facilitar su ejecución, con cita de varias sentencias del Tribunal Constitucional que han abordado dicha cuestión (SSTC 74/2011, 9/2013, 123/2016 y 122/2018).

Por lo que respecta a la disposición transitoria tercera de la Ley 3/2020, referida a la adscripción personal de los medios humanos y materiales a la Agencia Digital de Andalucía, se insiste en el razonamiento sobre que esta agencia no tiene funcionamiento efectivo y que, por tanto, se reputa que no debería tener crédito dispuesto a su favor ni ser objeto de interés para la ley presupuestaria del año en curso.

Sobre la disposición final segunda, apartado tres, se indica que la modificación que se introduce en la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía no guarda relación con el contenido propio de la ley de presupuesto ni tan siquiera con el contenido eventual constitucionalmente admisible de la misma, ya que su alcance es establecer la subrogación de determinado personal, defendiéndose, aunque sin mayor concreción, que ello contraría la jurisprudencia del Tribunal Constitucional plasmada en al STC 122/2018.

FUNDAMENTOS

PRIMERO. La entidad que solicita la interposición de recurso formula una serie de alegaciones en las que alude a preceptos constitucionales que regulan el proceso de aprobación de los presupuestos generales del Estado por parte de las Cortes Generales. Sin embargo, como a continuación se verá, las previsiones constitucionales no resultan directamente aplicables a los procedimientos homólogos de generación de los presupuestos de las Comunidades Autónomas.

Así lo ha afirmado el Tribunal Constitucional invariablemente cuando ha tenido ocasión de pronunciarse sobre normas presupuestarias emanadas de las asambleas parlamentarias autonómicas, en términos muy similares a los que a continuación se reproducen, tomados de la sentencia 74/2011 (FJ 3):

«En este sentido, este Tribunal ha tenido también ocasión de declarar que el canon de constitucionalidad aplicable a las fuentes normativas de las

Comunidades Autónomas es el que se contiene en sus respectivos Estatutos de Autonomía, en las leyes estatales que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas y, por supuesto, en las reglas y principios constitucionales aplicables a todos los poderes públicos que conforman el Estado en sentido amplio y, evidentemente, en las reglas y principios constitucionales específicamente dirigidos a las Comunidades Autónomas (SSTC 116/1994, de 18 de abril, FJ 5; 174/1998, de 23 de julio, FJ 6; 180/2000, de 29 de junio, FJ 5; 202/2003, de 17 de noviembre, FJ 9; y 7/2010, de 27 de abril, FJ 4).»

De hecho, en la STC 179/1989 (FJ 7), se decía específicamente:

«No es en modo alguno exigible, en virtud de los mandatos constitucionales, que las instituciones legislativas de las Comunidades Autónomas deban adecuar su estructura, funcionamiento y organización a las correspondientes de las Cortes Generales, ni que deban aplicarse a las Cámaras legislativas de las Comunidades Autónomas, en forma directa o supletoria, las normas constitucionales que regulen la organización y funcionamiento de las Cortes Generales.»

De acuerdo con lo dicho, ante cada caso que se le presenta el alto tribunal procede a examinar el correspondiente estatuto de autonomía y el resto de la normativa pertinente. Este análisis tiene por objeto examinar cuando existe una identidad sustancial entre la norma constitucional y el correspondiente precepto estatutario, de modo que la doctrina elaborada respecto de los predicados constitucionales resulte trasladable al caso.

Ahora bien, la solicitud de recurso no contiene a este respecto mención alguna a la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (en adelante EAA) ni a ninguna otra norma del bloque de la constitucionalidad fuera de los preceptos constitucionales ya señalados.

A la vista de ello, resulta necesario examinar lo prescrito en el artículo 190 EAA, cuya redacción es la siguiente:

«Artículo 190. Ley del presupuesto.

1. Corresponde al Consejo de Gobierno la elaboración y ejecución del presupuesto de la Comunidad Autónoma y al Parlamento su examen, enmienda, aprobación y control. Toda proposición o enmienda que suponga

un aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirá la conformidad del Consejo de Gobierno para su tramitación.

2. El presupuesto será único y se elaborará con criterios técnicos, homogéneos con los del Estado. Incluirá necesariamente la totalidad de los ingresos y gastos de la Junta de Andalucía y de sus organismos públicos y demás entes, empresas e instituciones de ella dependientes, así como, en su caso, el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos propios establecidos por el Parlamento.
3. Además de los correspondientes estados de gastos e ingresos y de las normas precisas para su adecuada inteligencia y ejecución, la ley del presupuesto sólo podrá contener aquellas normas que resulten necesarias para implementar la política económica del Gobierno.
4. El presupuesto tiene carácter anual. El proyecto de ley del presupuesto y la documentación anexa deben ser presentados al Parlamento al menos con dos meses de antelación a la expiración del presupuesto corriente.
5. Si el presupuesto no estuviere aprobado el primer día del ejercicio económico correspondiente, se considerará automáticamente prorrogado el del ejercicio anterior hasta la aprobación del nuevo.
6. La ley del presupuesto no puede crear tributos. Podrá modificarlos cuando una ley tributaria sustantiva así lo prevea.
7. La ley del presupuesto establecerá anualmente instrumentos orientados a corregir los desequilibrios territoriales y nivelar los servicios e infraestructuras.»

El examen comparativo de este precepto y el artículo 134 CE revela ciertamente significativas coincidencias en varios aspectos fundamentales de las leyes de presupuestos, como los relativos a la distribución de competencias entre el ejecutivo y el parlamento, a las peculiaridades de la tramitación parlamentaria, a su carácter anual, a la automaticidad de las prórrogas o a lo que se ha denominado su contenido necesario (es decir a la previsión de ingresos y gastos, así como a su asignación entre los diferentes organismos y programas), entre otras cuestiones. Ello convierte en innecesario referir otras fuentes normativas a las que tradicionalmente ha acudido el propio Tribunal Constitucional, como la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), pues en buena medida sus previsiones han quedado incorporadas en el EAA.

Mas a esto se une que en el texto de EAA se han introducido dos previsiones de particular importancia para la cuestión que ahora se debe dilucidar y que, en cierto modo, suponen la cristalización normativa de la doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia. La primera de ellas está en el párrafo 2, y señala que el presupuesto «incluirá necesariamente la totalidad de los ingresos y gastos de la Junta de Andalucía y de sus

organismos públicos y demás entes, empresas e instituciones de ella dependientes»; la segunda se contiene en el párrafo tercero y precisa que además del contenido necesario, el presupuesto sólo podrá contener «las normas precisas para su adecuada inteligencia y ejecución... [y]... aquellas normas que resulten necesarias para implementar la política económica del Gobierno.»

A este respecto, conviene recordar lo dicho por el Tribunal Constitucional en la STC 174/1998 (FJ 6), doctrina que ha sido reiterada en varias sentencias:

«Existe, pues, una sustancial identidad entre las normas que integran el bloque de la constitucionalidad aplicable a la institución presupuestaria de la Comunidad Autónoma y cuanto dispone, respecto del Estado, el art. 134.2 C.E. (...); norma de la cual -como ha quedado expuesto- la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha deducido la existencia de límites materiales al contenido normativo de las Leyes de Presupuestos y a su utilización como instrumento de la legislación. Contenido normativo definido por el que corresponde a su función constitucional [STC 76/1992, fundamento jurídico 4º a)].

De ahí que, a diferencia de lo que acontecía en la cuestión resuelta en la STC 116/1994, sí cabe inferir (... un principio general de que el contenido de la Ley de Presupuestos autonómica se adecúe a la función institucional que le es propia, sin que puedan incluirse en ella normas que no guarden relación directa con el programa de ingresos y de gastos o con los criterios de la política económica en que se sustentan, o que no sean un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del Presupuesto.»

Adicionalmente, en otros pronunciamientos, como en la STC 130/1990 (FJ 8), el alto tribunal ha indicado que el carácter limitado de los contenidos adicionales incluibles en las leyes de presupuestos no está solo en función de las especificidades del trámite parlamentario, sino principalmente en atención al principio de seguridad jurídica garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución, «esto es, la certeza del derecho que exige que una Ley de contenido constitucionalmente definido, como es la Ley de Presupuestos Generales, no contenga más disposiciones que las que corresponden a su función institucional (...), debido a la incertidumbre que una regulación ajena a esa función puede originar».

Toda esta lógica se corresponde cabalmente con lo previsto en el primer inciso del párrafo tercero del artículo 190 EAA que ya ha sido transcrito. Ahora bien, dicho precepto incorpora un último inciso que, aun cuando también se formula con una enunciación limitativa («[...] la ley de presupuesto solo podrá contener...»), introduce como contenido facultativo de la ley de presupuestos las normas que resulten necesarias

para implementar la política económica del Gobierno andaluz. Tal previsión tiene un alcance relevante en orden a resolver sobre la petición de recurso, como más adelante se razonará.

Además, el último párrafo del precepto estatutario incorpora otra novedad respecto del texto constitucional y de lo previsto en el artículo 21 de la LOFCA, al determinar que también será parte necesaria de las leyes andaluzas de presupuestos — pues se precisa que se establecerán anualmente— «los instrumentos orientados a corregir los desequilibrios territoriales y nivelar los servicios e infraestructuras.»

SEGUNDO. Los presupuestos de cualquier Administración pública, tanto más de una con la magnitud y competencias de la Junta de Andalucía, constituyen la pieza central del programa político del Gobierno, a desarrollar, en principio, en un periodo anual.

En términos doctrinales ha existido un largo debate sobre la naturaleza de esta ley que incluso se aparece diferenciada, en cuanto a alcance y procedimiento, de lo que podríamos denominar «ley típica». Nuestro Tribunal Constitucional zanjó tempranamente ese debate afirmando que la discusión entre el carácter formal o material de la ley de presupuesto debía darse por superada, como puede leerse en la STC 76/1992 [FJ 4.a]):

«Desde la primera Sentencia en la que abordó el tema de la Ley de Presupuestos, este Tribunal dio por sentado que se trata de una verdadera ley, considerando así superada la cuestión de su carácter formal o material de ley (STC 27/1981, fundamento jurídico 2). No obstante la afirmación reiterada (SSTC 27/1981, fundamento jurídico 2 y 65/1987, fundamento jurídico 3) de que el Parlamento aprueba los Presupuestos Generales que el Gobierno elabora (art. 134.1 C.E.) en el ejercicio de una función o competencia específica, desdoblada de la genérica potestad legislativa (art. 66.2 C.E.), hemos sostenido que los Presupuestos -en el sentido estricto de previsiones de ingresos y habilitaciones de gastos- y el articulado de la ley que los aprueba integran un todo, cuyo contenido adquiere fuerza de ley y es objeto idóneo de control de constitucionalidad (STC 63/1986, fundamento jurídico 5).

También desde la primera Sentencia recaída en esta materia (STC 27/1981 fundamento jurídico 2), este Tribunal ha subrayado la peculiaridad de las Leyes de Presupuestos, peculiaridad consistente en que el ejercicio del poder legislativo por las Cortes está condicionado en estos casos por las disposiciones contenidas en los apartados 1º, 6º y 7º del art. 134 de la Constitución (STC 65/1987, fundamento jurídico 3), y por las restricciones impuestas a su tramitación parlamentaria por los Reglamentos de las Cortes (STC 27/1981, fundamento jurídico 2). Estas circunstancias que hemos calificado de "peculiaridades" (STC 65/1987) o "singularidades" (STC 27/1981, fundamento jurídico 2) de las Leyes

de Presupuestos derivan del carácter que es propio a este tipo de leyes, esto es, de su función específica y constitucionalmente definida en el art. 134.2 de la Constitución. Según este precepto, se trata de la ley que cada año aprueba los Presupuestos Generales del Estado incluyendo la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal y la consignación del importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado. Y puesto que el Presupuesto es un instrumento de la política económica del Gobierno, la Ley de Presupuestos ha sido calificada por este Tribunal además como "vehículo de dirección y orientación de la política económica" (SSTC 27/1981, fundamento jurídico 2 y 65/1987, fundamento jurídico 4).

Tratándose de una ley que no es sólo un conjunto de previsiones contables (STC 65/1987, fundamento jurídico 4), sino un vehículo de dirección y orientación de la política económica que corresponde al Gobierno, no sólo puede -y debe- contener la previsión de ingresos y las autorizaciones del gasto, sino que también puede establecer "disposiciones de carácter general en materias propias de la ley ordinaria estatal (con excepción de lo dispuesto en el apartado 7º del art. 134 C.E.) que guardan directa relación con las previsiones de ingresos y las habilitaciones de gastos de los Presupuestos o con los criterios de política económica general en que se sustentan" (STC 63/1986, fundamento jurídico 12). Así pues, las leyes anuales de Presupuestos tienen un contenido mínimo, necesario e indispensable (STC 65/1987, fundamento jurídico 4), constituido por la expresión cifrada de la previsión de ingresos y la habilitación de gastos, y un contenido posible, no necesario y eventual que puede afectar a materias distintas a ese núcleo esencial constituido por la previsión de ingresos y la habilitación de gastos.»

En definitiva, se trata en las palabras del propio alto tribunal «de una ley singular, de contenido constitucionalmente determinado, exponente máximo de la democracia parlamentaria, en cuyo seno concurren las tres funciones que expresamente el artículo 66 atribuye a las Cortes Generales: es una ley dictada en el ejercicio de su potestad legislativa, por la que se aprueban los presupuestos y, además, a través de ella, se controla la acción del Gobierno» (STC 131/1999, FJ 4). Aunque la doctrina está sentada respecto del Parlamento nacional no hay obstáculo para extenderla a la realidad de las comunidades autónomas.

Desde la perspectiva del otro acto clave, el poder ejecutivo, los presupuestos tienen también una especial relevancia, asociada a su condición de instrumento central de la política económica del Gobierno y a las consecuencias que ello implica. Esta

cuestión ha sido también analizada por la jurisprudencia constitucional y, a tal efecto, puede citarse la STC 223/2006 (FJ 5), que señala:

«Ya en uno de nuestros primeros pronunciamientos definimos a los presupuestos como “vehículo de dirección y orientación de la política económica que corresponde al Gobierno” (STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 2). Y más recientemente afirmamos, con cita de la STC 76/1992, de 14 de mayo, que mediante su elaboración y aprobación parlamentarias se “cumplen tres objetivos especialmente relevantes: a) Asegura[r], en primer lugar, el control democrático del conjunto de la actividad financiera pública (arts. 9.1 y 66.2, ambos de la Constitución); b) Participa[r], en segundo lugar, de la actividad de dirección política al aprobar o rechazar el programa político, económico y social que ha propuesto el Gobierno y que los presupuestos representan; c) Controla[r], en tercer lugar, que la asignación de los recursos públicos se efectúe, como exige expresamente el art. 31.2 CE, de una forma equitativa, pues el presupuesto es, a la vez, requisito esencial y límite para el funcionamiento de la Administración” (STC 3/2003, de 16 de enero, FJ 4). Razones todas que son predicables respecto de los presupuestos y de las relaciones entre Gobierno y Parlamento tanto en el ámbito nacional como en el autonómico.

En su condición de vehículo de dirección de la política económica del Ejecutivo el presupuesto es un instrumento fundamental para la realización de su programa de gobierno. Las singularidades de su procedimiento de elaboración y aprobación hacen de él, además, una expresión cualificada, en lo económico, de la confianza parlamentaria sobre la que necesariamente ha de constituirse cualquier Gobierno.

La ejecución de un presupuesto en curso supone la verificación de dos confianzas: de un lado la obtenida por el Gobierno con la investidura de su presidente; de otro la concedida específicamente por la Cámara a su programa anual de política económica. Así como la primera sólo se pierde en los casos expresamente establecidos (con el éxito de una moción de censura o el fracaso de una cuestión de confianza), la segunda se conserva a lo largo del período de vigencia natural (o prorrogada) del presupuesto, de suerte que el Gobierno puede pretender legítimamente que las previsiones económicas en él contenidas se observen rigurosamente en el curso de su ejecución. Puede pretender, en definitiva, que sólo sea relevante la oposición a su programa de gobierno traducida en una retirada formal de la confianza obtenida con la investidura y que, constante esa confianza, no se dificulte la ejecución del programa del Gobierno haciéndolo impracticable con la desnaturalización del programa económico sobre el que se asienta. Éste es el fundamento de la facultad que se le reconoce al

Ejecutivo para oponerse a la tramitación de iniciativas legislativas que puedan desvirtuar el instrumento económico de su acción de gobierno.»

Sentadas estas premisas, se hace necesario acudir directamente a la norma objeto de controversia para conocer su contenido respecto de la cuestión que ha suscitado la tacha de inconstitucionalidad. Lo primero que debe decirse es que los peticionarios de recurso dirigen sus reproches exclusivamente a tres disposiciones de la norma, pero no hacen mención alguna del texto articulado. Sin embargo, en dicho texto, concretamente en el artículo 2, apartado cuatro, se incluye una mención a la Agencia Digital de Andalucía, incorporándola al listado de agencias administrativas dependientes de la Administración andaluza y contemplando sus previsiones de ingresos y gastos con una dotación de 147.048.873 euros. Dicha cifra se desglosa a lo largo del presupuesto entre las distintos capítulos y artículos que lo conforman (Sección 1.32). La exposición de motivos resalta esta inclusión indicando que la referida agencia es creada por la propia ley de presupuestos.

Es a partir de esta realidad de la que debe partirse para analizar el resto de las disposiciones controvertidas, pues resulta claro que con esta inclusión el Gobierno andaluz ha usado de su capacidad de dirección de la política económica para incluir entre las previsiones presupuestarias una determinada opción de articulación organizativa del sector público y ha dispuesto los medios económicos para poder llevarla a efecto a través de la correspondiente dotación de ingresos y la consecuente habilitación de gasto. De hecho, este propósito se explicita tal cual ha llegado a la redacción definitiva en el proyecto de ley del presupuesto que fue objeto de publicación en el *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía* (XI legislatura Núm. 446 bis, de 4 de noviembre de 2020) y solo ha sufrido una variación al alza en la cuantía prevista para ingresos y gastos.

Ha de hacerse notar que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los créditos consignados en los estados de gasto de los presupuestos constituyen «autorizaciones legislativas para que dentro de unos determinados límites la Administración del Estado pueda disponer de los fondos públicos necesarios para hacer frente a sus obligaciones... [y]... predeterminan el concepto por el que autorizan su uso» (STC 13/1992, FJ 5).

Por tanto, justamente hay que partir de esta opción del Gobierno, como proponente de los presupuestos, a la que se suma la actuación del propio Parlamento de Andalucía que los ha aprobado —y, por tanto, los legitima—, para examinar la pertinencia en términos de constitucionalidad de la inclusión de las disposiciones que se vienen examinando en el texto de la norma presupuestaria.

Una vez establecido que la Agencia Digital de Andalucía ha sido incluida en el contenido propio, necesario o indisponible —en palabras del Tribunal Constitucional— de la norma presupuestaria, puede abordarse el examen de las restantes disposiciones

vinculadas a esta decisión y que forman ya parte del denominado contenido eventual de la ley del presupuesto.

La determinación del alcance y los límites admisibles para dicho contenido es una cuestión que ha dado lugar a no pocas sentencias que el propio tribunal va recordando y sistematizando con ocasión de sucesivos pronunciamientos, una vez apreciada la existencia de una identidad sustancial entre las disposiciones constitucionales y las aplicables a la norma autonómica, que le permita entrar en un juicio de constitucionalidad. Valga, en términos generales, como ejemplo de esto, lo referido en la STC 203/2013 [FJ 2.b)]:

«b) En el examen de este primer motivo, debemos partir de nuestra consolidada doctrina acerca de los límites constitucionales a las leyes de presupuestos, que hemos tenido ocasión de recordar recientemente en las citadas SSTC 9/2013, FFJJ 3 y 4; y 86/2013, FFJJ 4 y 5, ambas con cita de otras muchas. Hemos reiterado que el contenido de las leyes de presupuestos está constitucionalmente determinado, a partir de su función como norma que ordena el gasto público (art. 134 CE), de manera que se trata de leyes que tienen un contenido típico o propio, insoslayable por el legislador, e integrado por la previsión de ingresos y la habilitación de gastos, así como las normas que directamente desarrollan o aclaran las partidas presupuestarias en que el gasto público se concreta, esto es, el presupuesto en sí [STC 9/2013, FJ 3 a), con cita de las SSTC 3/2003, de 16 de enero, FJ 4; 202/2003, de 17 de noviembre, FJ 9; 34/2005, de 17 de febrero, FJ 4; 238/2007, de 21 de noviembre, FJ 4; y 248/2007, de 13 de diciembre, FJ 4].

Esta limitación al contenido posible de las leyes de presupuestos encuentra una justificación precisa en la Constitución y, en concreto, como hemos reiterado, viene motivado por el propio principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), esto es, “la certeza del derecho que exige que una ley de contenido constitucionalmente definido, como es la Ley de Presupuestos Generales del Estado, no contenga más disposiciones que las que guardan correspondencia con su función constitucional (arts. 66.2 y 134.2 CE), debido a la incertidumbre que una regulación de este tipo indudablemente origina” (STC 32/2000, de 3 de febrero, FJ 5). Dicho de otro modo, es la propia función que en la Constitución cumple la ley de presupuestos, con las consecuentes restricciones al debate parlamentario (apartados 1, 6 y 7 del art. 134 CE), la que fundamenta en última instancia la limitación del contenido de las leyes de presupuestos (STC 9/2013, FJ 3).

Teniendo en cuenta las anteriores restricciones, hemos insistido en nuestra consolidada doctrina en que, junto a su contenido propio, irrenunciable, las leyes de presupuestos pueden regular excepcionalmente otras materias conectadas

con el presupuesto, lo que venimos denominado “contenido eventual” o no necesario. Este segundo contenido posible de una ley de presupuestos está sujeto a límites constitucionales precisos, en coherencia con el citado principio de seguridad jurídica y las limitaciones al debate parlamentario contenidas en el propio art. 134 CE. En consecuencia, cuando una norma no integra el presupuesto propiamente dicho, sólo puede encontrar cabida en una ley de presupuestos si se cumplen, cumulativamente, dos condiciones:

La primera, que exista una vinculación inmediata y directa con los gastos e ingresos públicos. Ahora bien, puesto que toda medida legislativa necesariamente es susceptible de tener un impacto en el gasto público (reduciéndolo o aumentándolo), o incluso en la estimación de ingresos, para que tenga cabida en este tipo de normas es esencial que la conexión con los gastos e ingresos públicos sea directa o inmediata.

La segunda, que la inclusión en la ley de presupuestos esté justificada por facilitar una “mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del Presupuesto y, en general, de la política económica del Gobierno” [STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 4 a)].

Por tanto, de acuerdo con nuestra doctrina, aunque la ley de presupuestos puede ser un instrumento para una adaptación circunstancial y puntual de las distintas normas, no tienen en ella cabida las modificaciones sustantivas del ordenamiento jurídico, a menos que concurran en éstas las dos condiciones citadas.

Ad exemplum, hemos considerado que encuentran acomodo en una ley de presupuestos, como contenido eventual de la misma, medidas que suponen directamente la reducción del gasto público (STC 65/1990, de 5 de abril, FJ 3, sobre normas de incompatibilidad de percepción de haberes activos y de pensiones) o su aumento (STC 237/1992, de 15 de diciembre, relativa al incremento de retribuciones salariales para el personal al servicio de las Administraciones públicas), la creación de un complemento retributivo para determinados cargos públicos (STC 32/2000, de 3 de febrero) o, finalmente, medidas que contribuyen a la efectiva recaudación de los ingresos públicos; así, en la STC 109/2001, de 26 de abril declaramos que la modificación del régimen de prelación de créditos de la Seguridad Social por cuotas devengadas y no satisfechas tenía cabida en una ley de presupuestos toda vez que con esta medida se habría de producir “un incremento recaudatorio de tales deudas en vía ejecutiva con el consiguiente efecto positivo en los presupuestos de la Seguridad Social, lo cual evidencia, no sólo una relación entre la medida adoptada y la

previsión de ingresos del Estado, sino un objetivo de política económica y financiera del sector público estatal, tendente a hacer efectiva esa previsión de ingresos” (FJ 6).

Por el contrario, hemos declarado extramuros de este tipo de leyes aquellas disposiciones de carácter general en las que no concurre dicha vinculación inmediata y directa, como sucede con la regulación in extenso de un procedimiento que facilita la recaudación de las deudas tributarias [STC 76/1992, FJ 4 b)]; o, en materia de función pública, por ejemplo, en relación con las normas relativas los procedimientos de acceso de los funcionarios sanitarios locales interinos a la categoría de funcionarios de carrera (STC 174/1998, de 23 de julio, FFJJ 6 y 7), de provisión de los puestos de trabajo del personal sanitario (STC 203/1998, de 15 de octubre, FFJJ 3 a 5), de edad de pase a la situación de segunda actividad de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía (STC 234/1999, de 16 de diciembre, FFJJ 4 y 5), o, recientemente, los requisitos de titulación necesaria para acceder al Cuerpo Superior de Auditores del Tribunal de Cuentas (STC 9/2013, FJ 3).»

En posteriores sentencias se ha hecho alusión a otros ámbitos, como las normas típicas del derecho codificado (STC 86/2013, FJ 4), entre aquellas que no son en general adecuadas para abordarse en las leyes de presupuestos.

El corolario de esta doctrina puede encontrarse en la una sentencia posterior, la 152/2014 (FJ 4.a), expresado de esta forma:

«La clave, por tanto, radica en que la conexión con el objeto del presupuesto (habilitación de gastos y estimación de ingresos) sea directa, inmediata y querida por la norma; es evidente que toda medida legislativa tendrá siempre algún efecto presupuestario, porque requerirá un incremento de gasto presupuestario o la dotación de una partida, o porque supondrá, por el contrario, una reducción del gasto o un incremento de los ingresos.»

TERCERO. Visto el estado de la cuestión, procede ahora examinar las concretas disposiciones que se consideran por el solicitante de recurso incompatibles con la Constitución, esto es la disposición adicional vigesimosegunda, la disposición transitoria tercera y el punto tres de la disposición final segunda.

La exposición de motivos de la ley 3/2020 da cuenta, en primer lugar, de la inclusión de la Agencia Digital de Andalucía, en el artículo 2 de la ley, entre las agencias administrativas dependientes de la Junta de Andalucía. Más adelante, la referida

exposición de motivos concreta el alcance y la necesidad de la inclusión de ambas disposiciones en los siguientes términos:

«La disposición adicional vigesimosegunda y la disposición transitoria tercera, relativas a la creación de la Agencia Digital de Andalucía, guardan una relación funcional directa con los ingresos y gastos que integran el Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para 2021. La Agencia, dado el papel que desempeñan las tecnologías de la información y la comunicación, nace con la vocación estratégica de impulso de la transformación digital del sector público andaluz, como complemento necesario y en conexión con los criterios de política económica del Gobierno andaluz. Con ello, contribuye a la mejor inteligencia y ejecución de la política económica del Gobierno andaluz, tarea esta que constituye una de las funciones constitucionales de la Ley del Presupuesto, lo que hace que esté plenamente justificada la creación en esta norma de la Agencia Digital de Andalucía, sin menoscabo de la seguridad jurídica.

La disposición adicional vigesimosegunda es la que crea la Agencia Digital de Andalucía como agencia administrativa. La Agencia tiene como fines la definición y ejecución de los instrumentos de tecnologías de la información, telecomunicaciones, ciberseguridad y gobierno abierto y su estrategia digital, en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía, sus agencias administrativas y de régimen especial e instituciones, así como la definición y coordinación de las políticas estratégicas de aplicación y de seguridad de las tecnologías de la información y de las comunicaciones en el ámbito del resto del sector público andaluz, incluyéndose los consorcios referidos en el artículo 12.3 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, así como la ejecución de los instrumentos comunes que las desarrollen y la definición y contratación de bienes y servicios de carácter general aplicables a este sector público y los consorcios. El funcionamiento efectivo de la Agencia se iniciará el día de la entrada en vigor del decreto del Consejo de Gobierno por el que se aprueben sus estatutos.

(...)

La disposición transitoria tercera proporciona el régimen provisional de adscripción de medios humanos y materiales a la nueva Agencia Digital de Andalucía, que nace de esta ley. A tal fin, formarán parte de los estados de gastos del Presupuesto las dotaciones necesarias para su puesta en funcionamiento. Asimismo, se recoge la forma en que se deberá continuar en el ejercicio 2021 con la gestión de determinadas cuestiones, y en particular se establece que corresponderá a las consejerías y agencias, con cargo a sus

respectivos presupuestos y sobre la base de los requerimientos técnicos delimitados por la Agencia, la contratación o la tramitación de nuevos encargos referidos a las materias que se mencionan en la disposición transitoria.»

La decisión de proceder a la creación de una agencia administrativa se justifica como una medida de optimización e impulso del entramado administrativo de la Junta de Andalucía al servicio de la transformación digital del sector público andaluz y su dotación económica ha sido ya, como ha quedado expuesto, incorporada al contenido necesario de los presupuestos para 2021. Se trata de una opción del Gobierno andaluz para la que está estatutariamente habilitado en uso de su iniciativa legislativa específica en este campo y también en virtud de su capacidad de dirección de la política económica. Ambos elementos son destacados, como puede verse, en la propia exposición de motivos.

Respecto de la disposición adicional vigesimosegunda, lo cierto es que su inclusión resulta necesaria para cumplir con el ordenamiento jurídico, pues el artículo 56 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, dispone que la creación de este tipo de agencias ha de hacerse por ley, indicándose los elementos que dicha norma debe cuanto menos contener, todos ellos incluidos en la referida disposición.

Es claro que si el legislador ha dispuesto una dotación de ingresos y la consiguiente habilitación de gastos a un órgano anteriormente no existente no tiene otra opción que crearlo por medio de la propia ley de presupuesto, dado que de otro modo estaría facilitando medios a un ente inexistente. Cuestión distinta será cuándo se produzca el inicio efectivo de sus actividades, que el apartado 8 de la disposición adicional difiere al momento de la aprobación de sus estatutos por el Consejo de Gobierno. Con este modo de proceder se ha pretendido asegurar que el inicio de su actividad pueda realizarse desde el primer momento en que dichos estatutos estén aprobados, cosa que no ocurriría de haberse demorado la consignación presupuestaria a la aprobación de la agencia por medio de una norma específica.

Por lo tanto, cabe apreciar una conexión directa e inmediata entre los gastos e ingresos públicos previstos en el presupuesto y la disposición examinada, que además coadyuva a la más eficaz ejecución del presupuesto y de la política económica del Gobierno. En atención a ello no parece, a criterio de esta institución, que la disposición adicional vigesimosegunda pueda reputarse como contraria a los preceptos del bloque de la constitucionalidad que disciplinan la formación y aprobación del presupuesto en el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía. En definitiva, como afirmó el Tribunal Constitucional en la STC 199/20021 (FJ 5) «nada impide, en principio, la utilización del vehículo de la Ley de Presupuestos como un instrumento para la mera adaptación circunstancial de las distintas normas».

A la misma conclusión se ha de llegar respecto de la disposición adicional tercera de la misma norma presupuestaria. Esta, a la vez que recuerda que la Agencia Digital de

Andalucía, al tiempo de su creación, ha sido dotada de una sección y un programa propios en el presupuesto de la Comunidad para el ejercicio en curso, se preocupa de regular el periodo que irá desde el inicio de su funcionamiento hasta que se vayan cumpliendo los diversos hitos que el propio precepto indica (aprobación de la relación de puestos de trabajo, asunción de la dirección de encargos y convenios, así como de la responsabilidad sobre determinados contratos y las distintas fases para ir asumiendo algunos ámbitos de manera paulatina) a los efectos de poder ir dotándose de personal y de medios materiales. Como puede apreciarse, se trata de una regulación de carácter temporal que encuentra su sentido en la necesidad de ordenar el proceso de transición entre la situación preexistente y la que se crea por la propia norma.

Resta por abordar lo referente a la disposición final segunda, que el solicitante de recurso centra en el apartado tres, por medio del cual se añaden dos nuevos párrafos (3 y 4) al artículo 67 de la ya citada Ley andaluza 9/2007, de 22 de octubre. A través de ello se regula el supuesto de subrogación del personal laboral cuando se crea una agencia administrativa que afecte, total o parcialmente, al objeto, servicios o actividades desarrollados hasta entonces por otras entidades instrumentales o por otras entidades del sector público andaluz.

La justificación para solicitar la interposición de un recurso contra este precepto de la norma que se formula es de una extrema parquedad, ya que se limita a considerar que se trata de la misma o similar situación a la juzgada en la STC 122/2018. En ausencia de una mayor argumentación, debe compararse lo indicado en dicha sentencia con la situación que aquí se considera, especialmente su fundamento jurídico 4.

«[...] Ninguna de las disposiciones impugnadas integra el núcleo esencial de la norma presupuestaria, por lo que su constitucionalidad dependerá de si las mismas encuentran encaje en el denominado “contenido eventual” de dichas leyes. Procede examinar, en cada caso, la inmediatez de la conexión de la norma controvertida con el objeto del presupuesto, la habilitación de gastos y la estimación de ingresos, o, en fin, con la política económica que se proyecta en dicha norma presupuestaria.

a) La disposición adicional vigésima sexta, apartado primero a) y b), “Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público”, tiene el siguiente tenor:

“Limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público

Uno. Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida, las Administraciones Públicas del artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, no podrán considerar como empleados públicos de su artículo

8, ni podrán incorporar en dicha condición en una Administración Pública o en una entidad de derecho público:

- a) A los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos.
- b) Al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública.

Al personal referido en los apartados anteriores le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral...”.

La disposición anterior tiene como finalidad limitar la incorporación, como personal al servicio de la administración pública, de los trabajadores allí referidos. En el preámbulo de la Ley 3/2017 se justifica la medida en estos términos: “[p]ara regular situaciones de cambio de modalidad de gestión indirecta a directa de servicios públicos y también de obras públicas de titularidad de la Administración se establecen limitaciones a la incorporación de personal laboral al sector público”.

El abogado del Estado ha insistido en que su finalidad es la contención del gasto público, pues se trata de evitar la generación de un gasto de personal por “asunción” de dicho personal, al margen de las categorías del artículo 8 LEEP. Sin embargo, y como de hecho se desprende del escrito de alegaciones del abogado del Estado, que expone el régimen jurídico de estas figuras, lo cierto es que tales trabajadores serán retribuidos por la Administración pública, en cualquier caso, pues no a otra conclusión conduce la aplicación del régimen laboral (sucesión de empresas). Por ello, lo que hace estrictamente la norma es incorporar una precisión de lo dispuesto en el artículo 8 LEEP, lo que conduce a la conclusión de que se trata de una medida regulatoria, de carácter sustantivo, que de acuerdo con la doctrina consolidada de este Tribunal no puede encontrar acomodo en una ley de presupuestos.

No es descartable que tal regla pudiera eventualmente tener algún efecto sobre el gasto público, pero el mismo no es inmediato ni directo y, en todo caso, tal eventual efecto no puede implicar que deba entenderse automáticamente

justificada la inclusión en la Ley de presupuestos, pues se ha reiterado que ello supondría “desnaturalizar las exigencias establecidas por este Tribunal Constitucional y a diluir, hasta hacerlos inoperantes, los límites materiales de las normas presupuestarias” (SSTC 203/1998, de 15 de octubre, FJ 5; 234/1999, de 16 de diciembre, FJ 5).

Tampoco es evidente que la medida constituya un complemento necesario de la política económica del Gobierno o para la mayor inteligencia y mejor ejecución del presupuesto que son, aparte de la “relación directa”, los otros dos vínculos con el contenido esencial de la Ley de presupuestos que la doctrina de este Tribunal ha admitido para permitir la inclusión de una norma no estrictamente presupuestaria. En efecto, ni de la lectura de los preceptos impugnados, ni del preámbulo, puede deducirse que su inclusión se deba precisamente a la incidencia en el gasto público.

Por último, tampoco es posible afirmar que se trate de medidas directamente vinculadas con la política económica, salvo que se adopte “un concepto desmesurado y por tanto inoperante de los instrumentos directamente relacionados con los criterios que definen la política económica del Gobierno” (STC 195/1994, de 23 de junio, FJ 3), lo que igualmente desvirtuaría la propia existencia de límites al contenido eventual de las leyes de presupuestos, con lo que éstos perderían totalmente su sentido. Resulta claro que el establecimiento de reglas para limitar la incorporación, como personal al servicio de la Administración pública, de determinados trabajadores, no integra el núcleo mínimo, necesario e indisponible de la Ley de presupuestos, sin que tampoco pueda considerarse que se trate de materias propias del contenido eventual, al no concurrir las condiciones exigidas por nuestra jurisprudencia. Por tanto, procede declarar la inconstitucionalidad y nulidad de la disposición adicional vigésima sexta, apartado primero a) y b).

c) La segunda impugnación se dirige frente al apartado segundo de la disposición adicional trigésima cuarta, “Exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral”, que tiene el siguiente tenor:

“Los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo. Así mismo, los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a

personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial”.

La misma conclusión cabe alcanzar con respecto de esta medida, por lo que debe también declararse la inconstitucionalidad y nulidad de la disposición impugnada, en el inciso “ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva”..»

Aunque es posible encontrar ciertos elementos de semejanza entre la cuestión planteada y el asunto que ahora se ventila, lo cierto es que, en opinión de esta institución, no cabe aplicar esta doctrina a cualquier supuesto de subrogación de manera acrítica. Y ello, fundamentalmente, porque el alcance de la norma que el Tribunal Constitucional examinó resulta mucho más amplio y falto de conexión con el núcleo central del presupuesto que el que ahora se está analizando.

En el caso aquí estudiado lo que hace la norma es introducir una medida instrumental para facilitar el propósito expresado por la ley de presupuestos de crear y facilitar la puesta en marcha de la Agencia Digital de Andalucía, en el marco de una apuesta estratégica de más amplio calado que la exposición de motivos de la ley 3/2020 hace patente:

«El segundo gran objetivo que perseguirá la acción de Gobierno será facilitar la adaptación de la economía andaluza al nuevo escenario que resultará tras la pandemia. Ello requerirá, al igual que en el conjunto del Estado español, cambios y reformas dirigidas a afrontar desafíos estructurales, con la finalidad de alcanzar un crecimiento sostenible e inclusivo, y que al tiempo contribuya a las transiciones ecológica y digital.

(...)

Esta estrategia demanda una Administración pública moderna, eficaz y eficiente que ofrezca respuestas a las necesidades que surgen a empresas y ciudadanía en un contexto de crisis sanitaria como la actual, pero más aún si cabe como impulsora de la recuperación una vez remita la pandemia. De ahí que en este momento cobren relevancia algunos aspectos de funcionamiento interno de la Administración como puede ser la digitalización de servicios (cuya trascendencia ha quedado patente durante el período de confinamiento) o la introducción de innovaciones en la gestión que propicien la optimización en el empleo de los recursos públicos.»

Parece pues, que el ejecutivo andaluz tiene marcadas entre sus prioridades una serie de cambios en los servicios y las estructuras administrativas y que ha llevado tales

prioridades a los presupuestos y aprovechado el contenido eventual de estos para hacer los ajustes necesarios en la normativa general, que faciliten la consecución de esos propósitos.

Por lo demás, la entidad solicitante de recurso traslada a esta institución la carga de dilucidar si la concreta previsión del artículo 190.3 EAA cuando dispone que la ley de presupuestos «además de los correspondientes estados de gastos e ingresos y de las normas precisas para su adecuada inteligencia y ejecución... solo podrá contener aquellas normas que resulten necesarias para implementar la política económica del Gobierno» puede legítimamente tener un alcance más amplio que la tradicional doctrina del Tribunal Constitucional al respecto.

En ausencia de dichos razonamientos, conviene reparar en el hecho de que la previsión objeto de controversia no formaba parte del proyecto de ley remitido desde el Gobierno, si no que fue introducida en la fase de presentación de enmiendas a través de la enmienda 810, a la entonces disposición final segunda por dos grupos parlamentarios (Ver *BOPA*, XI Legislatura, núm. 469, de 5 de diciembre de 2020, pp. 294 y 295), que fue aceptada por la ponencia y aprobada por la Comisión de Hacienda y Financiación Europea y se incorporó al texto del proyecto hasta su aprobación final por el pleno.

Como justificación a la enmienda los dos grupos proponentes, que sostienen al Gobierno andaluz, indicaban que se trataba de «flexibilizar y dotar de mayor seguridad jurídica la transformación e integración de entidades del sector público andaluz, así como la creación de agencias administrativas que incidan en el objeto de entidades preexistentes, permitiendo en su caso la integración del personal laboral afectado y la mejor optimización y aprovechamiento de los recursos humanos existentes».

La citada enmienda no se vio afectada por la previsión del artículo 190.1 EAA, que somete a la conformidad del Gobierno toda proposición o enmienda que suponga un aumento de los créditos o la disminución de los créditos presupuestarios, por lo que cabe considerar que se trata de un ejercicio genuino de la potestad legislativa de la Cámara, ciertamente al tiempo y con ocasión de la ley de presupuesto.

Esta cuestión resulta importante, puesto que un motivo relevante para el establecimiento de la doctrina del Tribunal Constitucional respecto del contenido posible o eventual de las leyes de presupuestos se vincula a las peculiaridades que este tipo de leyes presentan en su tramitación parlamentaria, a causa de las restricciones que pueden presentar respecto de otros proyectos o proposiciones de ley (SSTC 27/1981, 65/1987, 76/1992, 116/1994, entre otras), y en este caso no han operado.

También se apunta por la entidad solicitante de recurso a la vulneración del principio de seguridad jurídica, recogido en el artículo 9.3 CE. Sin embargo, tanto la justificación de la enmienda de la que se ha dado cuenta como el texto de los párrafos que se han incorporado por medio de la misma, pretenden ofrecer certeza sobre el marco normativo en que debe producirse un proceso de transición que implica la movilidad entre estructuras administrativas y que afecta a personas provenientes de

entidades diversas al servicio de la Administración pública andaluza, tanto más cuanto dicho proceso va efectivamente a producirse en el horizonte temporal del año 2021 como consecuencia de la aprobación de la norma presupuestaria. Ello parece un objetivo adecuado de política legislativa.

CUARTO. En atención a lo hasta aquí expuesto, y con pleno respeto a cualquier otra opinión discrepante, se adopta la siguiente

RESOLUCIÓN

De acuerdo con el informe emitido por la Junta de Coordinación y Régimen Interior, en su reunión de 25 de marzo de 2021, el Defensor del Pueblo (e. f.), en el ejercicio de la atribución que le confieren los artículos 162.1.a) de la Constitución, 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional y 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta institución, ha resuelto no interponer el recurso de inconstitucionalidad solicitado contra las disposiciones adicional vigesimosegunda, transitoria tercera y final segunda, apartado tres, de la Ley 3/2020, de 28 de diciembre, del presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2021

Ley 3/2020, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización 2021 de la Generalitat Valenciana

PRIMERO. El interesado dirige la solicitud específicamente contra el artículo 97 de la Ley, que modifica, entre otras, la disposición transitoria undécima de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de la Generalidad Valenciana. Tras la modificación, la disposición en cuestión establece en su tenor literal:

“Quedan suspendidos hasta el 31 de diciembre de 2023 los plazos para solicitar y tramitar la expropiación rogada prevista en el artículo 104 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de la Generalitat, de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje, de la Comunitat Valenciana, de aquellas parcelas dotaciones que la administración no haya obtenido o que, habiéndolas obtenido y ocupado, lo hubiera hecho mediante cualquier tipo de contraprestación o reserva del aprovechamiento de la propiedad”.

El interesado considera que esta modificación atenta contra el derecho de propiedad consagrado en el artículo 33 de la Constitución y, por relación con el anterior, contra el principio de igualdad de todos los españoles contenido en el artículo 14 del texto constitucional. La razón de ello es que al suspender los plazos para solicitar y tramitación la expropiación rogada se causa un perjuicio grave y considerable a los propietarios de terrenos destinados a uso dotacional que la administración no haya obtenido o que, habiéndolos obtenido y ocupado, lo hubiera hecho mediante cualquier tipo de contraprestación o reserva del aprovechamiento por la propiedad.

SEGUNDO. Antes de nada, es preciso realizar una exposición sistemática de los argumentos formulados por el interesado. Así, en primer lugar, se expone la normativa legal sobre la expropiación por ministerio de la ley, o expropiación rogada, como se contempla en la legislación valenciana.

El artículo 69 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (vigente y con la consideración de legislación básica, de acuerdo con lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo), contempla esta figura de la siguiente manera:

“Artículo sesenta y nueve

Uno. Cuando transcurran cinco años desde la entrada en vigor del Plan o Programa de Actuación Urbanística sin que se llevase a efecto la expropiación de los terrenos, que, con arreglo a su calificación urbanística, no sean edificables por sus propietarios, ni hayan de ser objeto de cesión obligatoria por no resultar

posible la justa distribución de los beneficios y cargas en el polígono o unidad de actuación, el titular de los bienes o sus causahabientes advertirán a la administración competente de su propósito de iniciar el expediente de justiprecio, que podrá llevarse a cabo por ministerio de la ley, si transcurrieren otros dos años desde el momento de efectuar la advertencia.

A tal efecto, el propietario podrá presentar la correspondiente hoja de aprecio, y si transcurrieren tres meses sin que la administración la acepte, podrá aquél dirigirse al Jurado provincial de Expropiación, que fijará el justiprecio conforme a los criterios de esta ley y de acuerdo con el procedimiento establecido en los artículos treinta y uno y siguientes de la Ley de Expropiación Forzosa.

Dos. A los efectos de lo establecido en el párrafo anterior, la valoración se entenderá referida al momento de la iniciación del expediente de justiprecio por ministerio de la ley y los intereses de demora se devengarán desde la presentación por el propietario de la correspondiente tasación”.

Del mismo modo, el artículo 104 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana, regula esta figura en este territorio.

“Artículo 104. Derecho a la expropiación rogada.

1. Cuando transcurran cinco años desde la entrada en vigor del plan sin que se lleve a efecto la expropiación de terrenos dotacionales que no hayan de ser objeto de cesión obligatoria, por no resultar posible la justa distribución de beneficios y cargas en el correspondiente ámbito de actuación, continuo o discontinuo, los propietarios podrán anunciar a la administración competente su propósito de iniciar el expediente de justiprecio, que debe llevarse a cabo por ministerio de la ley si transcurren otros dos años desde dicho anuncio.

2. Por solicitar la expropiación demandada, el titular de la propiedad deberá justificar la imposibilidad de efectuar la justa distribución de los beneficios y cargas en el marco del plan general. A tal efecto, los propietarios podrán presentar sus hojas de aprecio y, transcurridos tres meses sin que la administración competente notifique su aceptación o remita sus hojas de aprecio contradictorias, los propietarios podrán recurrir a la intervención del jurado provincial de expropiación forzosa. La valoración se entenderá referida al momento del inicio del expediente de justiprecio por ministerio de la ley.

3. Lo establecido en los apartados anteriores no será aplicable:

a) A los propietarios de terrenos clasificados como suelo no urbanizable

b) A los propietarios de terrenos clasificados como suelo urbanizable, si, en el momento de la afectación, los terrenos se dedican a la explotación agrícola, ganadera, forestal o cinegética o, en general, a actividades propias de su naturaleza rústica y compatibles con la clasificación y la afectación mencionadas hasta la ejecución de las determinaciones del planeamiento urbanístico.

c) A los propietarios que hayan obtenido una autorización para usos y obras provisionales, o cuando conste la obtención de un rendimiento económico, esté o no amparado mediante la correspondiente licencia.

4. Si, antes de transcurrir los plazos establecidos en este precepto, se ha sometido a información pública y consultas una modificación o una revisión del planeamiento urbanístico que comporta la inclusión del suelo dotacional en un área de reparto conformada por un sector, una unidad de ejecución o actuación aislada a los efectos de su gestión, los plazos quedarán interrumpidos. El cómputo de los plazos se reanudará si transcurre un año sin haber producido su aprobación definitiva.

5. Los propietarios de las reservas de aprovechamiento, previa justificación de la imposibilidad de transferir la reserva, podrán solicitar la expropiación y ejercer los derechos regulados en los puntos 1 y 2, respecto de los terrenos que cedieron, en el plazo establecido en el artículo 84 de la Ley 27/2018, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat, sin que le sea de aplicación la regulación contemplada en la frase última de dicho artículo: «Esta suspensión de plazo no afecta a las reservas de aprovechamiento ni a ningún caso en que la administración ya haya obtenido y ocupado los terrenos».

6. El ejercicio del derecho a instar la expropiación por ministerio de la ley, exige la acreditación fehaciente por parte del solicitante de su condición de propietario o causahabiente de los correspondientes terrenos dotacionales, así como de haber ostentado la condición de propietario durante la totalidad de los plazos a que se refieren los apartados primero y segundo del presente artículo o de causahabiente desde la muerte del propietario, sin cuyo requisito no podrá valorarse el bien por el jurado provincial de expropiación forzosa. En el caso de producirse una transmisión onerosa de la propiedad durante el transcurso de los referidos plazos, se reiniciará el cómputo de los mismos para el nuevo propietario.

7. Las transmisiones inter vivos de aquellos terrenos calificados como dotación pública en cualquiera de las categorías relacionadas en el apartado I.2 del anexo IV, en los que concurren las condiciones a que se refiere el apartado

primero de este artículo, estarán sujetas a los derechos de tanteo y retracto por parte del ayuntamiento o administración competente para su obtención.

El derecho de tanteo podrá ejercerse dentro del plazo máximo de tres meses contados a partir de la notificación fehaciente a la administración, previa a la transmisión efectuada por el propietario.

El derecho de retracto podrá ejercerse en el plazo máximo de un año contado a partir del momento en que la administración tenga constancia fehaciente de la transmisión. A este efecto, los notarios y registradores que autoricen o inscriban, respectivamente, escrituras de transmisión de terrenos calificados como dotación pública, lo pondrán en conocimiento de la administración.

8. Cuando se acredite que el ejercicio de la expropiación rogada comprometiera seriamente los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera, de eficacia en la asignación y utilización de los recursos públicos o de responsabilidad, el ayuntamiento podrá declarar motivadamente la imposibilidad material de dar cumplimiento a lo previsto en este precepto en orden a la materialización de la expropiación de bienes y derechos por ministerio de la ley.

Dicha declaración, para ser eficaz, deberá acordarse por el pleno del ayuntamiento, previa audiencia con el interesado, y producirse antes de transcurrir los plazos previstos en este precepto y, en todo caso, antes de la resolución del jurado provincial de expropiación forzosa. La declaración comportará el derecho del titular a percibir los intereses legales calculados conforme al justiprecio aprobado de los terrenos afectados, hasta una efectiva adquisición en el plazo máximo de cinco años.

9. El régimen devengo de intereses en esta modalidad de expropiaciones será el siguiente:

a) En la determinación del justiprecio, será fecha inicial aquella en la que el propietario presente su hoja de aprecio y fecha final aquella en que se notifique el acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa a la administración que sea competente de acuerdo con lo establecido en el apartado primero.

Si el jurado incurre en mora por superar el plazo máximo para resolver y notificar el acuerdo de fijación del justiprecio o para resolver el recurso de reposición que potestativamente interpongan cualquiera de los interesados, será responsable del pago durante el plazo que exceda de

ese máximo, en los términos establecidos en la Ley de expropiación forzosa.

b) Una vez notificado el acuerdo por el Jurado de Expropiación Forzosa será de aplicación lo establecido en el artículo 57 de la Ley de expropiación forzosa, debiendo la administración competente abonar el justiprecio en el plazo de seis meses. Transcurrido dicho plazo se devengarán nuevamente intereses que se computarán desde la presentación de la hoja de aprecio hasta que se produzca el completo pago del justiprecio, descontando la demora imputable al jurado”.

Pues bien, mediante distintas leyes (en concreto, la Ley 13/2016, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat; la Ley 27/2018, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat; la Ley 9/2019, de 23 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat; y la que actualmente nos ocupa, Ley 3/2020, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat) se han suspendido los plazos para solicitar y tramitar la expropiación rogada en distintas ocasiones, habiendo transcurrido en la actualidad cuatro años desde la suspensión y estando suspendidos dichos plazos hasta el 31 de diciembre de 2023.

A continuación, el interesado argumenta que la expropiación por ministerio de la ley es una garantía que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los propietarios afectados, como garantía básica del contenido esencial del derecho a la propiedad privada garantizado por el artículo 33 de la Constitución. Ya que, según expone, la única forma de materializar el aprovechamiento urbanístico de los propietarios afectados es la expropiación forzosa de los terrenos destinados a suelo dotacional.

En defensa de esta opinión, el interesado cita en primer lugar jurisprudencia constitucional (SSTC 61/1997 (citada), 204/2004, de 18 de noviembre, y 111/1983, de 2 de diciembre) y posteriormente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de septiembre de 1982, caso Sporrong y Lönnroth contra Suecia, Sentencia de 23 de abril de 1996, caso Phocas contra Francia y sentencia de 29 de marzo de 2011, casa Potomska Ptomski contra Polonia.

Hay que decir que el Convenio Europeo de Derechos Humanos recoge la propiedad privada como derecho en el artículo 1 del Protocolo Adicional de 20 de marzo de 1952.

Posteriormente, el interesado expone la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la relación de la expropiación por ministerio de la ley con el derecho a la propiedad privada, en el sentido que mantiene el interesado a lo largo de su escrito: dicha expropiación es una garantía de los particulares y debe ser considerada como básica y parte del contenido esencial del derecho de propiedad.

Igualmente, expone la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el carácter básico y de mínimos del artículo 69 del Real Decreto 1346/1976 (citado).

De todo lo anterior concluye el interesado que las sucesivas suspensiones de los plazos de la expropiación por ministerio de ley son contrarias a la Constitución y al Convenio Europeo de Derechos Humanos por vulnerar el derecho a la propiedad privada, exponiendo los siguientes argumentos:

- Se afecta al contenido esencial del derecho a la propiedad privada.
- Se limita y restringe de forma desproporcionada el derecho a la propiedad privada. En este sentido, alega el interesado, la medida adoptada por el legislado valenciano es desproporcionada, al no superar los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto necesarios para que una actuación de los poderes públicos restrictiva de derechos sea admisible.

Además, considera el interesado que la moratoria urbanística es contraria a la Constitución por vulnerar el artículo 149.1.1. de esta e invadir la competencia exclusiva del Estado al poner en suspenso la garantía básica del derecho de propiedad recogida en el artículo 69 del Real Decreto 1346/1976.

Por último, considera el interesado que la moratoria urbanística es contraria a la Constitución por vulnerar el derecho a la igualdad entre diferentes territorios y entre propietarios de suelo urbano dotacional sujeto a actuaciones sistemáticas y asistemáticas.

TERCERO. Centrando la cuestión planteada por el interesado, hay que partir de un hecho fundamental; lo que se produce en este caso es una suspensión, en principio temporal, del derecho de los propietarios a instar la expropiación de sus terrenos por ministerio de la Ley. Así que lo que se trata de dilucidar es si dicha suspensión es contraria al texto constitucional.

Vaya por delante que esta institución considera que no se vulnera lo establecido en el artículo 69 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana; el contenido este artículo es muy similar al contenido en el artículo 104 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana, por lo que no se puede defender que en la Comunitat Valenciana no se reconoce este derecho.

Hay que señalar que, en el caso de Cataluña, la ley fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno y que fue resuelto mediante la Sentencia 17/2016, de 4 de febrero, del Tribunal Constitucional, sin que a lo largo del recurso se cuestionara la constitucionalidad de esta medida.

Por otra parte, ha de quedar bien claro que nos encontramos ante una norma reguladora del contenido esencial del derecho de propiedad, sino de una medida específica, concreta y de duración limitada adoptada en función de circunstancias coyunturales. Medida que la Generalitat Valenciana puede adoptar en el ejercicio de sus competencias exclusivas en materia de ordenación del territorio y urbanismo (artículo 49.1.9 del Estatuto de Autonomía). Cuestión distinta es que esta medida pueda dilatarse en el tiempo indefinidamente, lo cual implicaría una violación del derecho de propiedad al que el interesado alude. No obstante, desde el momento en que se trata de una suspensión puramente temporal, con una fecha límite claramente establecida (en este caso el 23 de diciembre de 2023) no puede sostenerse que exista una violación del derecho de propiedad, sino única y exclusivamente una limitación temporal de este derecho.

La presente Resolución, por todo lo dicho, ha de ser desestimatoria de la solicitud.

Igualmente no es posible coincidir con el interesado en que se dé en este supuesto violación alguna del principio de igualdad, que solo es predicable respecto de los ciudadanos, y no de los territorios.

En cuando al diferente trato entre propietarios del suelo en actuaciones sistemáticas y asistemáticas, esta diferenciación es pacíficamente admitida en función de las diferentes características de las operaciones urbanísticas, sin que por ella quepa hablar de discriminación alguna.

FUNDAMENTOS

ÚNICO. - De acuerdo con los argumentos anteriormente expuestos, la presente Resolución ha de ser desestimatoria de la solicitud.

RESOLUCIÓN

En virtud de cuanto antecede, y oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, en su reunión de 25 de marzo de 2021, el Defensor del Pueblo (e.f.), de acuerdo con la legitimación que le confieren los artículos 162.1.a) de la Constitución, el 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional y el 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, que regula esta institución, ha resuelto no interponer recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 3/2020, de 30 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera, y de organización de la Generalitat.

Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia

Varios ciudadanos y dos entidades pidieron la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra diversos apartados del artículo único de la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia. En las solicitudes se argumentaba que el apartado 5 del artículo único de la Ley 8/2021 (que da lugar al artículo 38.1 y 2), introduce, en sus apartados 1 y 2, limitaciones de derechos fundamentales infringiendo la reserva de la ley orgánica establecida en el artículo 81 de la Constitución y también vulnera las competencias exclusivas estatales previstas en el artículo 149.1.16 («bases y coordinación general de la sanidad»).

Las peticiones planteaban también la inconstitucionalidad del apartado 7 del artículo único, que da lugar al artículo 38 ter de la Ley 8/2008, en tanto regula el procedimiento y los requisitos para la adopción de las medidas preventivas en materia de salud pública introducidas en los dos apartados del artículo 38 de la Ley 8/2008. Por el mismo motivo, cuestionaban el nuevo régimen de infracciones y sanciones en materia de salud pública, en la redacción de los artículos 41 bis, 42 bis, 43 bis y 44 bis de la Ley 8/2008.

El Defensor del Pueblo resolvió no interponer el recurso de inconstitucionalidad solicitado, por las razones desarrolladas en los fundamentos jurídicos de la resolución.

Un aspecto importante, y que ha de ponerse en relación con otras leyes autonómicas aprobadas para hacer frente a la pandemia por covid-19, es que mediante estas disposiciones legales las comunidades autónomas, competentes en materia de salud pública, se dotan de un marco normativo que concreta, para su territorio, el modo de proceder a la hora de adoptar medidas restrictivas de derechos que afecten a una generalidad de personas, con el fin de hacer frente a una enfermedad transmisible que pone en riesgo gravemente la salud de la población, acotando así el más amplio margen de discrecionalidad del que ya disponen las autoridades sanitarias, con ese mismo fin y carácter extraordinario, en virtud de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.

ANTECEDENTES

PRIMERO. Mediante escritos, que tuvieron su entrada en esta institución entre el 4 de marzo y 14 de abril de 2021, la personas comparecientes solicitan la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra los apartados cinco, siete, doce, trece, catorce y

quince del artículo único de la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia, que ha sido publicada en el Diario Oficial de Galicia de 26 de febrero de 2021.

El artículo único de la ley consta de veinticinco apartados, que introducen nuevas previsiones o dan nueva redacción a varios de los preceptos de la Ley de Salud de Galicia de 2008, regulando, entre otras cuestiones, las medidas preventivas que pueden adoptar en materia de salud pública las autoridades sanitarias autonómicas y locales cuando exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y grave para la salud de la población y razones sanitarias de urgencia y necesidad, así como los requisitos y el procedimiento para su adopción y el régimen de infracciones y sanciones en materia de salud pública.

Los apartados cinco, siete, doce, trece, catorce y quince del artículo único de la Ley 8/2021 dan lugar, respectivamente, a los artículos 38, apartados 1 y 2, 38 ter, 41 bis, 42 bis, 43 bis y 44 bis de la Ley 8/2008.

SEGUNDO. En síntesis, los solicitantes del recurso alegan los siguientes motivos de inconstitucionalidad:

1. Sostienen, en primer lugar, que el apartado 5 del artículo único de la Ley 8/2021, al dar una nueva redacción al artículo 38 de la Ley 8/2008, introduce, en sus apartados 1 y 2, limitaciones de derechos fundamentales infringiendo la reserva de la ley orgánica establecida en el artículo 81 de la Constitución.

En ese sentido, esgrimen que los preceptos legales autonómicos cuestionados (apartados 1 y 2 del artículo 38) facultan a las autoridades autonómicas para la adopción de medidas que restringen o limitan los derechos fundamentales a la integridad física, la libertad de circulación y el derecho de reunión, consagrados en los artículos 15, 17, 19 y 21 de la Constitución, y que tal habilitación está sujeta a reserva de ley orgánica, de conformidad con el artículo 81 de la Constitución.

El desarrollo normativo que lleva a cabo la ley autonómica no puede ampararse, a juicio de los solicitantes del recurso, en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública.

Algunos de los solicitantes consideran, a modo de argumento añadido, que esta ley orgánica tampoco habilita a las comunidades autónomas para adoptar, en ejercicio de competencias ejecutivas, medidas de salud pública que limiten derechos fundamentales.

2. En segundo término, consideran que el apartado 5 del artículo único de la Ley 8/2021 resulta contrario al artículo 116 de la Constitución y a la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, ya que solo la

declaración del estado de alarma permitiría limitar derechos fundamentales con alcance general. Afirman que el legislador autonómico pretende instaurar un estado de alarma encubierto y permanente.

3. Sostienen en tercer lugar que el mismo precepto vulnera las competencias exclusivas estatales previstas en los artículos 149.1.16.^a («bases y coordinación general de la sanidad»).

4. En cuarto y último lugar, estiman también inconstitucional el apartado 7 del artículo único, que da lugar al artículo 38 ter de la Ley 8/2008, en tanto regula el procedimiento y los requisitos para la adopción de las medidas preventivas en materia de salud pública introducidas en los dos apartados del artículo 38 de la Ley 8/2008 por el apartado 5 del artículo único de la Ley 8/2021. Solicitan pues la impugnación del nuevo artículo 38 ter de la Ley 8/2008 modificada, por conexión con el también nuevo artículo 38, apartados 1 y 2 de la misma ley.

Por el mismo motivo, cuestionan el nuevo régimen de infracciones y sanciones en materia de salud pública, establecido en los artículos 41 bis, 42 bis, 43 bis y 44 bis de la Ley 8/2008, introducidos por los apartados doce, trece, catorce y quince del artículo único de la Ley 8/2021, cuando tipifican y sancionan alguna de las medidas limitativas de derechos fundamentales contempladas en el artículo 38.

FUNDAMENTOS

PRIMERO. La pregunta de si el legislador puede legislar sobre derechos fundamentales y al hacerlo establecer límites a los mismos tiene una respuesta afirmativa en nuestro ordenamiento. Límites entendidos como toda acción jurídica que entrañe o haga posible una restricción de las facultades que constituyen el contenido de los derechos, lo que incluye el establecimiento de límites en su desarrollo por legislador orgánico y la regulación de su ejercicio y concreción legislativa por el legislador ordinario.

Los derechos fundamentales no son pues absolutos ni ilimitados. En ocasiones, pueden y deben ceder en su confrontación con otros derechos fundamentales o con otros bienes constitucionalmente protegidos para cuya garantía puede ser necesario restringirlos.

De acuerdo con una temprana y reiterada jurisprudencia constitucional, el legislador (más precisamente, los legisladores, dada la plural potestad legislativa que la Constitución implanta) tiene muy variadas posibilidades de intervención normativa en el campo de los derechos fundamentales: el legislador orgánico, para el desarrollo de los derechos y libertades (artículo 81.1); el legislador ordinario, para regular el ejercicio

(artículo 53.1); y el legislador autonómico, al que el Tribunal Constitucional ha reconocido competencia para satisfacer la reserva de ley que establece el artículo 53.1.

El Tribunal Constitucional reconoció ya en su Sentencia 140/86, de 11 de noviembre, FJ 5, y así lo ha refrendado en múltiples ocasiones, que «el desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste en la determinación de su alcance y límites».

Ha interpretado, a su vez, el artículo 53.1 de la Constitución de manera que resulta en un apoderamiento general al legislador ordinario para regular el ejercicio de los derechos consagrados en el Capítulo II del Título I. Este apoderamiento posibilita el establecimiento de límites más allá de las habilitaciones específicas.

En todo caso, los límites, en la medida en que representan una intervención legislativa en el ámbito de los derechos fundamentales, se hallan sometidos a su vez a los límites que afectan a este tipo de normas, los «límites de los límites». Los más relevantes son el respeto al contenido esencial del derecho limitado (que consagra también el artículo 53.1), su justificación en la necesidad de proteger o preservar otros derechos constitucionales u otros bienes constitucionalmente protegidos, y el principio de proporcionalidad.

Además de cumplir con estos presupuestos de constitucionalidad, la limitación – en el sentido amplio más arriba señalado- de los derechos fundamentales debe ser respetuosa con la reserva de ley prevista en los artículos 81.1 y 53.1 de la Constitución, orgánica u ordinaria según sea desarrollo o regulación de su ejercicio, así como la intensidad y generalidad de la limitación (SSTC 11/1981, FJ 5; 2/1982, FJ ; 140/86, FJ 5; 196/1987, FJ 6, y 292/2000, FJ 15, entre otras muchas).

Por lo que respecta al instrumento legal hábil para establecer las limitaciones de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional mantiene, desde la Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, un criterio de interpretación estricto de la reserva de ley orgánica (artículo 81.1 CE). Tanto en lo que se refiere al término «desarrollar» como a la «materia» objeto de reserva.

De esta forma, la reserva de ley orgánica no significa que esta haya de agotar todos y cada uno de los aspectos relacionados con el contenido y ejercicio de los derechos fundamentales. No todo lo que afecte a los derechos fundamentales es un desarrollo directo de estos, es decir, una regulación de sus aspectos esenciales que requiera de una disposición de las Cortes emanada con forma de ley orgánica. Solo será precisa cuando se acometa un desarrollo directo -global o de sus aspectos esenciales- del ámbito subjetivo u objetivo de los derechos fundamentales (SSTC 5/1981; 6/1982; 67/1985; 140/1986; 160/1987; 132/1989, y 127/1994, entre otras).

Hay que tener presente, además, que la reserva de ley orgánica no implica que solo la Administración estatal pueda limitar estos derechos. La competencia de regulación no conlleva necesariamente la de ejecución. Nada impide que la correspondiente ley orgánica otorgue a las autoridades de las comunidades autónomas (o incluso a las locales) el poder de restringirlos en determinadas circunstancias.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal Constitucional ha fijado cuándo la imposición de límites a un derecho fundamental cae en la reserva de ley orgánica (artículo 81.1 CE) y cuándo se puede considerar una regulación del ejercicio del derecho (artículo 53.1 CE) no reservado a aquella forma legal.

Los límites legales pueden ser bien restricciones directas del derecho fundamental mismo, bien restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental. En el primer caso, regular esos límites es una forma de desarrollo del derecho fundamental que exige ley orgánica. En el segundo, los límites que se fijan lo son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo que puede hacer el legislador ordinario a tenor de lo dispuesto en el artículo 53.1 de la Constitución (STC 292/2000, FJ 11).

La STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 13, alude también a la generalidad e intensidad de la afectación al derecho fundamental al enjuiciar la constitucionalidad de una limitación de ese derecho fundamental establecida por ley ordinaria. Las restricciones del derecho especialmente gravosas, bien por su duración dilatada, por su intensidad y el grado de afectación a su contenido, bien por su alcance general, suponen una limitación esencial del mismo y son equiparables a un tratamiento frontal o «desarrollo» del derecho por lo que exigen de ley orgánica de acuerdo con el artículo 81 de la Constitución. No así las modulaciones provisionales y limitadas a la forma en que ciertos sujetos disfrutan, en circunstancias muy determinadas y no generalizables, del derecho fundamental, para las que es suficiente la ley ordinaria.

En definitiva, el Tribunal Constitucional admite que la ley, ordinaria u orgánica, permita la adopción de medidas concretas que limiten determinados derechos fundamentales, con las matizaciones hechas acerca del ámbito aceptable de intromisión de una y otra en el derecho fundamental, sin necesidad de acudir a la excepcionalidad constitucional que implica la declaración de un estado de alarma y siempre que esta limitación se encuentre suficientemente acotada en la correspondiente disposición legal de habilitación en cuanto a los supuestos y fines que persigue, de manera que resulte cierta y previsible, y esté justificada en la protección de otros bienes o derechos constitucionales.

SEGUNDO. En el ordenamiento español, las situaciones de grave riesgo contra la salud pública -y, en concreto, las epidemias ocasionadas por enfermedades infecciosas- pueden abordarse tanto con la declaración del estado de alarma por el Gobierno, de acuerdo con el artículo 116 de la Constitución y la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, como mediante el ejercicio de las potestades ordinarias atribuidas a las autoridades sanitarias competentes por la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, y las leyes autonómicas que resulten de aplicación al ámbito territorial concernido.

Ambos órdenes de competencias no son alternativos ni excluyentes. La declaración del estado de alarma no impide que las autoridades sanitarias puedan acordar, al amparo de la legislación sanitaria estatal o autonómica, otras medidas distintas de las acordadas por el Gobierno en dicha declaración.

Avala esta interpretación que el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/1981, para los estados de alarma declarados con ocasión de una crisis sanitaria, permita a la autoridad competente adoptar, por sí, además de las medidas previstas en los artículos anteriores (las específicas del estado de alarma), las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas.

Del contenido del artículo 12 de la Ley 4/1981 se deriva que, sin perjuicio de las medidas contenidas en la declaración de un estado de alarma, las autoridades sanitarias competentes, estatales o autonómicas, pueden acordar durante la vigencia del mismo otras previstas en la legislación sanitaria; se desprende también que tales medidas han de ser compatibles con las previstas por la declaración del estado de alarma y no pueden, por tanto, contravenirlas, sin incurrir en un vicio de inconstitucionalidad.

En la Ley Orgánica 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio, hay por tanto una amplia remisión, a modo de cláusula de cierre, a lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1986 de Medidas Especiales de Salud Pública y resto de legislación sanitaria ordinaria.

En consonancia con lo anterior, el preámbulo del 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, señala que «durante la vigencia del estado de alarma, las administraciones sanitarias competentes en salud pública, en lo no previsto en esta norma, deberán continuar adoptando las medidas necesarias para afrontar la situación de emergencia de salud pública ocasionada por la covid-19, con arreglo a la legislación sanitaria, en particular, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de

Sanidad y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, así como en la normativa autonómica correspondiente».

TERCERO. En un contexto de grave crisis sanitaria, como el que acaece desde hace más de un año a causa de la pandemia de covid-19, el marco ordinario de referencia legal lo constituyen la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, la Ley 14/1986, General de Sanidad, y la Ley 33/2011, General de Salud Pública, así como las leyes de salud pública de las comunidades autónomas.

Al amparo de estas leyes, las autoridades sanitarias autonómicas han ido acordando medidas de prevención y control de la pandemia, en función de la correspondiente situación epidemiológica en sus territorios, sus características específicas y sus concretas necesidades. Algunas de las medidas implican limitaciones de derechos fundamentales, como el derecho de reunión o el de libre circulación, con un alcance general en cuanto vinculan al conjunto de la población de un territorio determinado. Limitaciones que, a su vez, persiguen la protección de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos. La limitación del derecho de reunión y la libre circulación vendría así motivada por la protección de los derechos a la salud, la vida y la integridad física, y por la protección de la salud pública (artículos 15 y 43 CE).

Las medidas adoptadas no tienen por finalidad privar de la titularidad del derecho, suprimirlo, negar su existencia o modificar su contenido, sino modificar durante un tiempo delimitado y en unas circunstancias determinadas algunas condiciones o algunos contenidos, de la forma mínima posible, proporcionada y adecuada al fin buscado. Dado que no se limita frontalmente el contenido del derecho sino que se limita provisionalmente su ejercicio, las habilitaciones contenidas en la Ley 14/1986, General de Sanidad, y en la Ley 33/2011, General de Salud Pública, podrían resultar suficientes, sin bien a la vista del alcance de la limitación respecto al conjunto de destinatarios y en ocasiones su intensidad y duración en el tiempo, a veces prolongada y dependiente de la evolución epidemiológica, puede ser necesaria, de conformidad con la jurisprudencia constitucional antes citada, una habilitación prevista en ley orgánica.

Ya ha quedado razonado, en el fundamento jurídico primero, que una ley orgánica puede prever y permitir que las autoridades sanitarias autonómicas, en ejercicio de sus competencias ejecutivas, adopten medidas limitativas de derechos fundamentales con alcance general, es decir dirigidas a un grupo amplio de personas no individualizado, al conjunto de la población de un municipio, comarca o comunidad autónoma, en una situación concreta de grave riesgo para la salud pública, como lo es la pandemia de covid-19 y la emergencia sanitaria que ha provocado, con el fin de garantizar el control de brotes epidemiológicos y el riesgo de contagio.

Eso es lo que precisamente hace el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, que, con el rango de ley orgánica, se corresponde con el presupuesto legal habilitante que exige la Constitución.

Dispone este precepto legal que «Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria (tanto el Estado como a las comunidades autónomas), en el ámbito de sus respectivas competencias, 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».

El segundo inciso del artículo, «así como las medidas que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible», no limita ni restringe el tipo de medidas que pueden adoptar las autoridades autonómicas sanitarias para controlar el riesgo de una enfermedad transmisible. Pueden adoptar las medidas, tanto individualizadas como de alcance general en un determinado ámbito, que se consideren necesarias a tal fin, incluidas las que limiten derechos fundamentales, siempre que sean proporcionadas.

Si las medidas no pudieran ser de alcance general, dirigidas a un conjunto de población en un determinado ámbito, el segundo inciso resultaría redundante y carecería de sentido. No debe interpretarse una cláusula legal en un sentido que le priva de efecto. Ha de presumirse que el legislador, al añadir este segundo inciso al artículo 3, pretendía regular la posibilidad adicional de adopción de medidas que afectaran a personas distintas de «los enfermos, las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y a las situadas en el medio ambiente inmediato» mencionados en el primer inciso. Por otra parte, nada hay en el tenor literal del artículo que permita distinguir en función del número de afectados. Si la ley no distingue no cabe una interpretación que sí haga distinciones.

Adviértase que, en situaciones de graves crisis sanitarias, para las que está pensado el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, surgen problemas imprevistos e imprevisibles, que el legislador no puede anticipar ni regular con detalle, pero a los que hay que dar una respuesta pública inmediata y, probablemente, drástica. Dado que resulta prácticamente imposible conocer de antemano cuál será la situación excepcional que acaezca y predeterminar los medios necesarios para enfrentarla, es razonable pensar que el legislador ha querido conferir una habilitación genérica, unos muy amplios poderes a la Administración, con un también amplio margen de apreciación, para las circunstancias de esta naturaleza, en las que están en juego los derechos a la vida e integridad física en íntima conexión con el derecho a la salud. De esta forma, confiere a

las autoridades administrativas la flexibilidad precisa para dar una respuesta apropiada a estas situaciones graves.

La necesidad de reaccionar de forma apropiada y a tiempo justifica esta habilitación legal, formulada en términos tan amplios, en el inciso final del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986. Se trata de una habilitación genérica recogida en una ley orgánica que abarca limitaciones provisionales de derechos para un conjunto amplio de personas o la población en general a través de todas las medidas que puedan reputarse necesarias para el control de una enfermedad transmisible cuando concurren razones sanitarias de urgencia y necesidad (artículo 1 Ley Orgánica 3/1986).

La falta de concreción legal del contenido de las actuaciones habrá de ser suplida por la explícita motivación de las resoluciones que se adopten, de forma que se justifique su proporcionalidad y adecuación a los hechos.

Las disposiciones administrativas mediante las que se aprueban las medidas de salud pública restrictivas de derechos fundamentales no pueden eludir en sus preámbulos un razonamiento que explique suficientemente que su adopción contribuye a mejorar la situación sanitaria con el conocimiento científico disponible y en el concreto ámbito geográfico en el que se imponen, así como el resto de consideraciones que permitan verificar que no se ha incurrido en excesos a la hora de limitar los derechos.

También deben incluir una justificación suficiente de su imperiosa necesidad, pues la jurisdicción contencioso-administrativa anula las disposiciones restrictivas de derechos cuando en su propio texto no justifican suficientemente su necesidad, sin que sea admisible aportar una justificación con ocasión del ulterior proceso que las enjuicie.

En definitiva, estas normas administrativas han de hacer un esfuerzo de motivación que permita a los tribunales de justicia llevar a cabo el juicio de su necesidad, idoneidad y proporcionalidad. La omisión de justificación, la justificación insuficiente, o la desproporcionalidad de las medidas respecto de la justificación expuesta, conducirían a su no ratificación o posterior anulación.

El Defensor del Pueblo considera, a la luz de los argumentos expuestos, que una interpretación tanto literal como teleológica del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, ampara la posibilidad de que las administraciones competentes adopten, en un contexto de emergencia sanitaria, medidas para proteger la salud de los ciudadanos y evitar la propagación de la epidemia que limiten de manera provisional derechos con alcance general al conjunto de población de un ámbito, en general territorial, determinado. Tal es la previsión del último inciso de dicho precepto.

Debe insistirse, además, en que las medidas previstas en el precepto dan respuesta a un conflicto entre derechos fundamentales: aquellos que se limitan, de los

que se deriva para las autoridades competentes la obligación negativa de respetarlos; y los derechos a la vida y a la integridad física, que imponen a esas mismas autoridades la obligación positiva de protegerlos. Y no hay razón para resolver ese conflicto escogiendo la interpretación más favorable a los primeros y más perjudicial para los segundos.

En complemento de la Ley Orgánica 3/1986, el artículo 26 de la Ley General de Sanidad, prevé la posibilidad de que las autoridades sanitarias puedan adoptar las medidas preventivas que consideren pertinentes cuando exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud. La duración de dichas medidas se fijará para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, y no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó.

La Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, por su parte, establece en el artículo 54.1 que, «sin perjuicio de las medidas previstas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, con carácter excepcional, y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la Administración General del Estado y las de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ámbito de sus competencias respectivas, podrán adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley».

Hay que subrayar que, como garantía adicional, aquellas medidas adoptadas por la Administración sanitaria que limiten con alcance general derechos fundamentales conforme a la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, requieren de ratificación judicial. Por el contrario, la declaración de estado de alarma está excluida del control jurisdiccional ordinario dado su rango de ley (STC 83/2016, de 28 de abril de 2016).

Los artículos 10.8 y 11.1. i) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, tras la reforma operada por la Ley 3/2020 de 18 de septiembre, prevén que las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional conozcan de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria, que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal o la estatal, respectivamente, consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente. El artículo 122 quater dispone que la tramitación de estas ratificaciones tendrá siempre carácter preferente y deberá resolverse en un plazo máximo de tres días naturales y que en ella será parte el ministerio fiscal.

En suma, el Defensor del Pueblo estima constitucional que las autoridades sanitarias autonómicas, en un contexto de emergencia sanitaria y dentro del marco legal

descrito, en especial al amparo del artículo 3 de la Ley Orgánica de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, adopten medidas de protección de la salud pública, en ejercicio de sus competencias ejecutivas, que supongan limitaciones temporales de derechos fundamentales con alcance general, siempre que justifiquen adecuadamente, en cualquier caso, su necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

Así lo ha mantenido desde el verano de 2020 en las quejas tramitadas y en la resolución de las solicitudes de recursos de inconstitucionalidad planteados en conexión con esta cuestión, tal y como recoge el informe anual 2020 elevado a las Cortes Generales. Todo ello, siendo consciente esta institución del controvertido y amplio debate suscitado en torno a este asunto desde el inicio de la grave crisis sanitaria causada por la pandemia de covid-19 y con pleno respeto a las opiniones discrepantes, a las decisiones de los órganos judiciales y al pronunciamiento último que pueda emitir el Tribunal Constitucional.

CUARTO. Los pronunciamientos judiciales se han decantado, hasta ahora, en su mayoría, por la solución aquí defendida cuando han tenido que autorizar o ratificar las medidas que suponen limitaciones con alcance general de algunos derechos fundamentales que han ido adoptando las autoridades sanitarias de las comunidades autónomas para hacer frente a la pandemia durante los periodos en los que no ha estado vigente el estado de alarma.

Inicialmente, una vez expirado el primer estado de alarma el 21 de junio de 2020, cuando la competencia recaía en los juzgados, la respuesta a las solicitudes de ratificación o autorización fue casi unánime respecto a que la Ley Orgánica 3/1986 y las leyes sanitarias permitían a las comunidades autónomas adoptar medidas limitativas de los derechos a la libertad de circulación y de reunión encaminadas a proteger el derecho a la integridad física y a la protección de la salud. De un total de 21 resoluciones judiciales, solo una cuestionó que la Ley Orgánica 3/1986 habilitase suficientemente la adopción de medidas con incidencia general sobre derechos fundamentales. Otras no lo cuestionaron, pero denegaron la ratificación de las medidas porque apreciaron que no superaban el juicio de proporcionalidad.

Desde la atribución de la competencia para la ratificación a los Tribunales Superiores de Justicia, tras la reforma procesal de 18 de septiembre de 2020, hasta la declaración del segundo estado de alarma, la mayoría ha mantenido el criterio de reconocer la competencia autonómica para acordar medidas limitativas de derechos de carácter general al amparo de la Ley Orgánica 3/1986, sin necesidad de recurrir a una declaración de estado de alarma, aunque con la discrepancia de algunos de ellos.

Los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía, Baleares, Cataluña, Canarias, Castilla- La Mancha, Extremadura, Galicia, Navarra, Madrid, Murcia, La Rioja y

Comunidad Valenciana han mantenido de modo reiterado que es posible la adopción de tales medidas al amparo de la Ley Orgánica de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. Sin embargo, los de Aragón, País Vasco, Castilla y León mantuvieron la posición contraria.

Algunos Tribunales Superiores de Justicia han variado recientemente sus criterios, como Castilla-La Mancha y Canarias, tras la expiración del segundo estado de alarma.

Las decisiones judiciales recaídas tras la finalización del segundo estado de alarma son ahora susceptibles de recurso de casación ante el Tribunal Supremo, tras la reciente reforma legal llevada a cabo por el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, que busca así la unificación de la doctrina y cuyos primeros pronunciamientos se producirán en breve dados los plazos procesales establecidos.

QUINTO. Las medidas contempladas en el artículo 38.2 de la Ley 8/2008 de Salud de Galicia reformada, cuya constitucionalidad se cuestiona por los solicitantes del recurso, no son diferentes de las que las autoridades autonómicas han venido adoptando, en ejercicio de sus competencias ejecutivas y bajo el control judicial, al amparo de la Ley Orgánica 3/1986, la Ley 14/1986, General de Sanidad, y la Ley 33/2011, General de Salud Pública.

La reforma legal autonómica concreta las medidas susceptibles de ser adoptadas por la autoridad sanitaria competente en situaciones de grave riesgo para la salud pública (en especial, para hacer frente a enfermedades de carácter transmisible) y la regulación de los requisitos y el procedimiento exigibles para su adopción.

A la hora de dilucidar si tal concreción se ha realizado dentro del marco previsto en la Constitución, el Estatuto de Autonomía y la legislación sanitaria orgánica y ordinaria básica de aplicación, puede interpretarse que el régimen jurídico establecido en la Ley 8/2008, de Salud de Galicia, tras su modificación por la Ley 8/2021, no constituye un desarrollo frontal ni comporta restricciones que supongan una limitación esencial de los derechos fundamentales que se ven afectados, sino que comporta únicamente la previsión de la posibilidad de modulaciones provisionales y limitadas de su ejercicio en circunstancias muy determinadas, razón por lo que no entraría en juego la reserva de ley orgánica.

El eventual alcance general que pudieran tener en su caso las medidas previstas o su mayor intensidad respecto al contenido del derecho o su prolongación en el tiempo quedarían, a juicio de esta institución, precisamente cubiertas por la Ley Orgánica 3/1986, sin que en estos aspectos se aprecie un desarrollo de esa norma orgánica por la ley autonómica, sino en todo caso su constreñimiento por concreción. En una materia, la salud pública, en la que es competente la Comunidad Autónoma de Galicia, en virtud de lo establecido en el artículo 149.1.16.^a y su Estatuto de Autonomía, la ley constituiría una

concreción legítima de lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, y en el resto de leyes estatales referidas, Ley 14/1986, General de Sanidad, y la Ley 33/2011, General de Salud Pública, susceptible, por ello, en los términos que se acaban de precisar, de desarrollo por el legislador autonómico.

Resulta determinante, a juicio del Defensor del Pueblo, el hecho de que el nuevo artículo 38.2 no amplía los poderes ya otorgados en la Ley Orgánica 3/1986 a la autoridad sanitaria autonómica para limitar los derechos fundamentales, sino que, por el contrario, los reduce, los constriñe, al someter el poder genérico que, con amplia discrecionalidad, confiere el artículo 3 de dicha norma orgánica («las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible») a ciertas reglas sustantivas y de procedimiento, reforzando así las garantías y la seguridad jurídica. Así se especifican las medidas a adoptar y en el artículo 38 ter se estipula que se adecuarán a las exigencias del principio de proporcionalidad y se desarrollan estas; que se establecerán teniendo en cuenta siempre la menor afectación a los derechos de las personas; que se procurará siempre y con preferencia la colaboración voluntaria; que las medidas serán siempre temporales e indicarán su duración; que las medidas requerirán la necesaria garantía judicial con arreglo a lo dispuesto en la legislación procesal aplicable, es decir cuando afecten a derechos fundamentales, etcétera.

En lo que se refiere, en particular, a las medidas preventivas relativas al sometimiento de las personas a reconocimiento médico, pruebas diagnósticas, tratamiento, hospitalización y medidas profilácticas de prevención de la enfermedad, incluida la vacunación o inmunización, hay que recordar la regulación contenida en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Esta ley sanitaria, de carácter básico, pivota alrededor del principio de que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado (artículo 8.1), si bien reconoce expresamente como uno de los límites al mismo la existencia de riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la ley de conformidad con la Ley Orgánica 3/1986 [artículo 9.2 a)]. No se olvide en este punto que, antes pero también después de la reforma legal autonómica que nos ocupa, aquellas medidas adoptadas por la Administración sanitaria que puedan implicar restricción de la libertad o de otro derecho fundamental requieren de ratificación judicial.

El Consejo de Estado, sin embargo, en su dictamen 213/2021, de 22 de marzo de 2021, plantea dudas de constitucionalidad respecto al artículo 38.2 de la Ley 8/2008 en los siguientes términos literales:

«La reserva de ley orgánica se justifica, en efecto, en la conveniencia de que determinadas materias, entre ellas las que constituyan un desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas -como es el caso-, sean adoptadas por una mayoría

cualificada y constituyan un mínimo común denominador de obligada observancia en toda España.

El Tribunal Constitucional ha admitido la "colaboración internormativa" entre las leyes orgánicas y las leyes ordinarias, estatales o autonómicas, siempre que exista una "remisión" al legislador ordinario que no puede consistir en un "reenvío en blanco o con condiciones tan laxas que viniesen a defraudar la reserva constitucional en favor de la Ley Orgánica"; añadiendo que esta remisión "es difícil de obviar" cuando se trata del "desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas"; para concluir que "la opción del legislador orgánico de deferir a la ley, positivamente condicionada por sus normas, la integración de algunos de sus enunciados, deviene imperativo constitucional cuando de articular las competencias estatales con las autonómicas se trata" (Sentencia 137/1986, de 6 de noviembre, FJ 3).

La Ley Orgánica 3/1986 contiene una regulación en extremo genérica de las medidas especiales en materia de salud pública limitativas de derechos fundamentales y libertades públicas y no efectúa remisión alguna al legislador autonómico. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que se trata de una ley aprobada hace casi cuarenta años que no contiene una regulación acabada de su núcleo orgánico, como se desprende de la lectura de sus tres primeros artículos -consta únicamente de cuatro- líneas arriba transcritos, por lo que podría resultar insuficiente para hacer frente, de acuerdo con los principios constitucionales de eficacia administrativa y seguridad jurídica, a las necesidades a las que se enfrentan las autoridades sanitarias competentes. En este estado de cosas, el artículo 38.2 de la Ley 8/2008 de Galicia ha procedido a desarrollar la Ley Orgánica 3/1986, introduciendo medidas que, aun siendo sustancialmente idénticas a las que las autoridades estatales y autonómicas han venido adoptado con base en ella, no se limitan a aspectos meramente complementarios del núcleo orgánico protegido por el artículo 81.1 de la Constitución. Tales medidas, entre las que figura la facultad de imponer la vacunación obligatoria en situaciones de grave riesgo para la salud pública, no están expresamente contempladas en la Ley Orgánica 3/1986 y suponen una limitación de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Atendidas estas circunstancias, la necesidad de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre el alcance de las competencias autonómicas en esta materia, a propósito del artículo 38.2 de la Ley 8/2008 de Salud de Galicia introducido por el apartado cinco del artículo único de la Ley 8/2021, podría tener -a juicio del Consejo de Estado- un fundamento jurídico suficiente».

Así las cosas, el presidente del Gobierno interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra el apartado 5 del artículo único de la Ley de Galicia 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia, en cuanto a la nueva redacción del artículo 38.2.

El 22 de abril de 2021 el Pleno del Tribunal Constitucional admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 1975-2021, en el que se invoca el artículo 161.2 de la Constitución, lo que produce la suspensión de la vigencia y aplicación del precepto impugnado desde la fecha de interposición del recurso, es decir desde el 6 de abril de 2021.

La decisión que en su día tome el Tribunal Constitucional examinará los motivos de inconstitucionalidad formulados respecto al artículo 38.2 de la ley modificada y podrá extenderse a otros preceptos de la misma norma por conexión o consecuencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

En consecuencia, esta institución no debe formular un pronunciamiento al respecto, sino aguardar a la decisión del alto intérprete de la Constitución.

SEXTO. Siguiendo los argumentos expuestos en los fundamentos anteriores, el contenido de las medidas del nuevo artículo 38.1 de la Ley 8/2008 de Galicia, introducidas también por el apartado 5 del artículo único de la Ley 8/2021, no constituye una materia reservada a ley orgánica, teniendo en cuenta su naturaleza y alcance así como la interpretación restrictiva de la expresión «desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas» del artículo 81 de la Constitución que ha realizado el Tribunal Constitucional, en el sentido de que, para que proceda una ley orgánica, debe tratarse de un desarrollo «directo», es decir, «global o en alguno de sus aspectos esenciales», de alguno de los derechos y libertades contemplados en la Sección 1.ª, Capítulo II del Título I de la Constitución -artículos 14 a 29- (Sentencia 76/1983, de 5 de agosto, y otras posteriores).

Las únicas medidas del artículo 38.1 de la Ley 8/2008 que podrían tener alguna incidencia en alguno de los derechos contemplados en la Sección 1.ª, Capítulo II del Título I de la Constitución son el uso de medidas de protección como mascarillas (letra i), y la obligación de suministro de datos (letra k).

Ambas se refieren únicamente a modulaciones en el ejercicio del derecho afectado de forma clara. Ni su intensidad ni su grado de afectación al contenido del derecho ni su alcance parecen exigir reserva de ley orgánica. De esta forma, no parece que el rango ordinario de la ley gallega cuestionada resulte insuficiente para regular tales medidas. Para estas eventuales limitaciones de derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 53.1 de la Constitución, basta con una ley ordinaria que puede ser autonómica. Sucede, además, que ya fueron impuestas, con carácter obligatorio y para el caso concreto de la pandemia actual, por el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la covid-19 (artículos 6 y 26).

La obligación de prestación de servicios personales (letra l), a la que aluden algunos de los solicitantes del recurso, respeta la reserva de ley prevista en el artículo 31.3 de la Constitución, ya que se trata de una reserva de ley ordinaria al situarse en la Sección 2.ª del Capítulo II del Título I de la Constitución. Hay añadir que es una obligación también ya prevista en leyes estatales sanitarias.

El resto de medidas contempladas en el apartado 38.1 de la Ley 8/2008 modificada también engarzan con la regulación estatal, fundamentalmente contenida en el artículo 26 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, y en el artículo 54 de la Ley 33/2011, General de Salud Pública.

En sanidad, las normas básicas son las normas y principios generales adoptadas por el legislador estatal conforme al artículo 149.1.16.ª de la Constitución, que informan y ordenan esta materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio del conjunto del Estado. Se concreta en la exigencia de que exista un sistema normativo sanitario nacional «con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, eso sí, sin perjuicio, de las normas que sobre la materia puedan dictar las comunidades autónomas en virtud de sus respectivas competencias» (SSTC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7; 173/1998, de 23 de julio, FJ 9; 188/2001, de 29 de septiembre, FJ 12; 37/2002, de 14 de febrero, FJ 12, y 152/2003, de 17 de julio, FJ 3, y STC 22/2012 FJ 3).

No hay duda, por tanto, de que las comunidades autónomas ostentan competencias de «desarrollo legislativo» y «ejecución» de la legislación sanitaria básica del Estado, de acuerdo con lo previsto en sus respectivos Estatutos -para Galicia, el artículo 33.1 de Estatuto-. De ahí que las medidas de salud pública susceptibles de adopción por parte de las comunidades autónomas no solo sean las establecidas por las leyes sanitarias estatales mencionadas en el fundamento jurídico tercero, sino también las previstas, respetando el orden constitucional de distribución de competencias, en las leyes autonómicas aplicables.

Resulta claro que las medidas que contempla el artículo 38.1 de la Ley 8/2008 modificada, del apartado a) al apartado m), salvo i), k) y l), son en unos casos idénticas a las establecidas en las leyes estatales y en otros se amparan en la cláusula residual prevista en ellas. De ahí que, a juicio de esta institución, la ley autonómica esté ejerciendo, legítima y válidamente, las competencias autonómicas de desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado.

SÉPTIMO. Las previsiones contenidas en el nuevo artículo 38 ter de la Ley 8/2008, de Salud de Galicia, introducido por el apartado 7 de artículo único de la Ley 8/2021, tampoco resultan contrarias a lo dispuesto en la legislación estatal de referencia.

Dado que la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, guarda silencio en este punto, no puede decirse que el artículo 38 ter de la Ley 8/2008 contradiga en nada esta norma.

Por lo demás, las reglas contenidas respecto a la forma de adopción de medidas cautelares en el resto de leyes estatales que constituyen el marco de referencia, son muy escuetas.

Establece el artículo 26.2 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, que «La duración de las medidas a que se refiere el apartado anterior, que se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó».

Su artículo 28 recoge los principios que deben atender todas las medidas preventivas, literalmente:

- «a) Preferencia de la colaboración voluntaria con las autoridades sanitarias.
- b) No se podrán ordenar medidas obligatorias que conlleven riesgo para la vida.
- c) Las limitaciones sanitarias deberán ser proporcionadas a los fines que en cada caso se persigan.
- d) Se deberán utilizar las medidas que menos perjudiquen al principio de libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de empresa y cualesquiera otros derechos afectados».

El artículo 54.3 de la Ley 33/2011, General de Salud Pública, en fin, señala que «Las medidas se adoptarán previa audiencia de los interesados, salvo en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población y su duración no excederá del tiempo exigido por la situación de riesgo que las motivó. Los gastos derivados de la adopción de medidas cautelares contempladas en el presente artículo correrán a cargo de la persona o empresa responsable. Las medidas que se adopten deberán, en todo caso, respetar el principio de proporcionalidad».

Con la simple lectura de las normas estatales y del nuevo artículo 38 ter de la Ley 8/2008 de Salud de Galicia, se aprecia fácilmente que la regulación contenida en las leyes estatales ha sido respetada al regular el procedimiento y los requisitos para la adopción de medidas preventivas en materia de salud pública en Galicia. Ha de subrayarse que el apartado 3 del artículo 38 ter, por cuanto se refiere a la adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales y libertades públicas, extrema las exigencias del principio de proporcionalidad, recordando la exigencia de una garantía judicial en estos casos.

Adviértase que, sin perjuicio del éxito que pudiera tener el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el presidente del Gobierno contra el apartado 5 del artículo único de la Ley 8/2021 (artículo 38.2 de la Ley 8/2008 modificada), la Comunidad Autónoma de Galicia siempre puede adoptar, en ejercicio de sus competencias ejecutivas, medidas limitativas de derechos fundamentales en situaciones de grave riesgo para la salud pública con fundamento en la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, la Ley 14/1986, General de Sanidad y la Ley 33/2011, General de Salud Pública, tal y como se ha razonado en el fundamento jurídico tercero.

Siendo así, considera el Defensor del Pueblo que la regulación de un procedimiento para la adopción de estas medidas está justificada y, dado que respeta los principios establecidos en la legislación estatal de carácter básico, no es contraria al marco constitucional.

OCTAVO. El mismo razonamiento es aplicable a los nuevos artículos 41 bis, 42 bis, 43 bis y 44 bis de la Ley 8/2008, de Salud de Galicia, introducidos por los apartados 12, 13, 14 y 15 del artículo único de la Ley 8/2021, que contemplan un régimen de infracciones y sanciones.

Los solicitantes del recurso cuestionan el régimen de infracciones y sanciones por el incumplimiento de las medidas preventivas en materia de salud pública, en tanto se trate de alguna de las medidas limitativas de derechos fundamentales contempladas en el artículo 38.2 de la Ley 8/2008.

Sin embargo, cualquiera que sea la decisión que adopte el Tribunal Constitucional contra el apartado 5 del artículo único de la Ley 8/2021, en lo que respecta a la redacción del nuevo artículo 38.2 de la Ley 8/2008, la Comunidad Autónoma de Galicia ostenta la potestad de adoptar medidas preventivas limitativas de derechos fundamentales y libertades públicas como las contempladas en dicho precepto, con base en la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, cuyas previsiones fueron en su día literalmente recogidas por el anterior artículo 38 de la Ley 8/2008 de Salud de Galicia, la Ley 14/1986, General de Sanidad y la Ley 33/2011, General de Salud Pública.

Si la autoridad sanitaria autonómica puede adoptar medidas preventivas en materia de salud pública, en ejercicio de sus competencias ejecutivas, y al amparo de las normas estatales, parece razonable contar con un régimen autonómico sancionador específico frente a los incumplimientos de las mismas. Régimen de infracciones y sanciones que también da cobertura al incumplimiento de las decisiones adoptadas por las autoridades sanitarias estatales que se cometieran en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Por lo demás, esta regulación de las infracciones y sanciones por parte de la Comunidad Autónoma encuentra también fundamento legal en el artículo 56.1 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que establece un régimen estatal genérico de infracciones y sanciones administrativas en salud pública y al mismo tiempo faculta a legislación autonómica y local para añadir los que estimen pertinentes.

Debe finalmente tenerse en cuenta que, con relación a la pandemia causada por covid-19, otras comunidades autónomas han aprobado, vía decretos-leyes, un régimen de infracciones y sanciones, al amparo de la Ley 33/2011, que tipifica supuestos de incumplimiento de medidas idénticas o similares a las cuestionadas en la Ley 8/2008.

En suma, esta institución no aprecia razones de inconstitucionalidad en un régimen autonómico de infracciones y sanciones en materia de salud pública, aprobado por una norma con rango de ley, que tiene cobertura en el antes mencionado artículo 56.1 de la Ley 33/2011 y en la tantas veces citada Ley Orgánica 3/1986.

RESOLUCIÓN

De acuerdo con lo razonado, el Defensor del Pueblo (e.f.), oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, previa la oportuna deliberación y con pleno respeto a cualquier opinión discrepante, resuelve no interponer el recurso de inconstitucionalidad solicitado contra los apartados cinco, siete, doce, trece, catorce y quince del artículo único de la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia.

Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia

PRIMERO. La solicitud del interesado se dirige específicamente contra los apartados Uno, Dos y Cinco, por los que se modifican los artículos 33, 34.12 y 38 de la Ley 8/2008, respectivamente; el apartado Siete, por el que se añade el artículo 38 ter a la ley citada; el apartado Dieciséis, por el que se modifica el artículo 45 de la Ley; el apartado Diecisiete, por el que se añade el artículo 45.bis; y el apartado Tercero de la Disposición Transitoria Única de la Ley.

El interesado considera que estas modificaciones atentan contra el artículo 135 de la Constitución; los artículos 105 y 149.1.18 y 149.1.16 y los artículos 9.3, 24.1, 106.1 y 117 del texto constitucional, como se expone a continuación en relación con cada artículo.

SEGUNDO. Antes de nada, es preciso realizar una exposición sistemática de los argumentos del interesado. Así, en primer lugar, se expone la normativa legal cuya constitucionalidad se discute, junto con los argumentos esgrimidos por el interesado.

1. El apartado Uno de la Ley 8/2021 establece lo siguiente:

“Uno. El artículo 33 queda con la siguiente redacción:

«Artículo 33. Autoridad sanitaria.

1. Dentro de sus respectivas competencias, tienen la condición de autoridad sanitaria el Consello de la Xunta de Galicia, la persona titular de la consejería con competencia en sanidad, las personas titulares de los órganos de dirección de la consejería con competencias en materia de sanidad de quien dependan la inspección de servicios sanitarios y la inspección en el ámbito de la salud pública y los alcaldes o alcaldesas. Asimismo, tienen la condición de autoridad sanitaria las personas titulares de las jefaturas territoriales de la consejería competencia en materia de sanidad en su ámbito correspondiente.

2. Corresponderá a las personas titulares de los órganos citados, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecer las intervenciones públicas necesarias para garantizar los derechos y deberes sanitarios de la ciudadanía, entre ellos los previstos en los artículos 34.12 y 38.

3. Los profesionales sanitarios y las profesionales sanitarias que, en el desempeño de sus funciones como personal empleado público, tengan asignadas funciones de detección, seguimiento y control de las enfermedades transmisibles en los supuestos de crisis sanitarias declaradas o epidemias tendrán, asimismo, la consideración de autoridad sanitaria a los efectos de la presente ley. A tal efecto, en el desempeño de sus funciones podrán recabar en todo momento la colaboración de los ciudadanos y las ciudadanas y hacer requerimientos individuales a los mismos y las mismas, por razones sanitarias vinculadas a la contención de la enfermedad, que serán de obligado cumplimiento.

4. Todo el personal al servicio de la Administración autonómica y local que desarrolle actividades de inspección tendrá la condición de autoridad sanitaria en el desempeño de sus funciones y a los efectos de la presente ley.

5. En ejercicio de sus funciones, las autoridades sanitarias y sus agentes podrán recabar el apoyo y la cooperación de otros funcionarios públicos y otras funcionarias públicas, incluidos los de las fuerzas y cuerpos de seguridad, así como de cualquier persona física, institución o persona jurídica».

Considera el interesado que este artículo es inconstitucional al atribuir a los alcaldes o alcaldesas la condición de autoridades sanitarias.

2. El apartado Dos de la Ley 8/2021 establece lo siguiente:

“Dos. El número 12 del artículo 34 queda con la siguiente redacción:

«12. Adoptar las medidas preventivas que se estimen pertinentes en caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud. A tal efecto, la autoridad sanitaria competente podrá proceder a la incautación o inmovilización de productos, la suspensión del ejercicio de actividades, el cierre de empresas o de sus instalaciones, la intervención de medios materiales y personales y cuantas otras medidas se estimen sanitariamente justificadas. La duración de las medidas a que se refiere este apartado se fijará para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, no excediendo de lo que exija la situación de riesgo extraordinario que las justificó. Podrá, asimismo, adoptar medidas preventivas en materia de salud pública en los términos previsto en el artículo 38».

El interesado considera que este apartado es inconstitucional por la misma razón que el anterior.

3. El apartado Cinco establece lo siguiente:

“Cinco. El artículo 38 queda con la siguiente redacción:

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

1. Al objeto de proteger a salud pública, las autoridades sanitarias autonómicas y locales, dentro del ámbito de sus competencias, podrán adoptar medidas preventivas de obligado cumplimiento cuando exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y grave para la salud de la población. Estas medidas pondrán consistir en:

- a) La incautación o inmovilización de productos.
- b) La suspensión del ejercicio de actividades.
- c) El cierre de empresas o sus instalaciones.
- d) La intervención de medios materiales o personales.
- e) Limitación de aforo.
- f) Limitaciones de horarios de apertura y/o cierre de establecimientos, lugares o actividades.
- g) Medidas de seguridad e higiene en determinados lugares y/o para el desarrollo de actividades.

- h) La obligación de elaboración de protocolos o planes de contingencia en determinados lugares y/o para el desarrollo de actividades.
- i) Medidas de autoprotección individual, tales como el uso de mascarilla y/o de otros medios de protección, y el mantenimiento de distancias de seguridad interpersonal o entre mesas o agrupaciones de mesas en los locales abiertos al público y en las terrazas al aire libre.
- j) La intervención de centros de servicios sociales en los términos previstos en el artículo siguiente.
- k) La obligación de suministro de datos necesarios para el control y la contención del riesgo para la salud pública de que se trate y el registro de los datos suministrados, en especial de datos que permitan la identificación de personas procedentes de lugares o asistentes a actividades o establecimientos que presenten un riesgo de transmisión de enfermedades infectocontagiosas, al objeto de que las autoridades sanitarias puedan desarrollar su labor de control e investigación epidemiológica de brotes o situaciones de especial riesgo para la salud de la población. En todo caso, los datos registrados serán los estrictamente indispensables para cumplir con dicha finalidad de control y contención del riesgo, siendo tratados los datos de carácter personal con estricto respeto a la normativa en materia de protección de datos.
- l) Ordenar a los ciudadanos y las ciudadanas la prestación de servicios personales, de acción u omisión, siempre de forma proporcionada a la situación de necesidad.
- m) Cualesquiera otras medidas ajustadas a la legalidad vigente y sanitariamente justificadas.

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

- a) Podrán adoptar medidas preventivas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad.

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

1. Medidas de control de las personas enfermas, cuando fuera procedente, como el aislamiento en domicilio, el internamiento en centro hospitalario o el aislamiento e internamiento en otro lugar adecuado para tal fin.
2. Sometimiento de las personas enfermas a tratamiento adecuado.
3. Medidas de control de las personas que estén o hayan estado en contacto con las personas enfermas, como el sometimiento a una cuarentena en el domicilio o en otro lugar adecuado para tal fin. A estos efectos, se entenderá por cuarentena la restricción de las actividades y la separación de las demás personas que no estén enfermas, de una persona respecto a la cual pueda tenerse razonablemente la sospecha de que estuvo o haya podido estar expuesta a un riesgo para la salud pública y sea una posible fuente de propagación adicional de enfermedades, de acuerdo con los principios científicos, las pruebas científicas o la información disponible.
4. Sometimiento a observación o a medidas de vigilancia del estado de salud, a examen médico o a pruebas diagnósticas de personas que presenten síntomas compatibles con la enfermedad transmisible de que se trate o de personas respecto a las cuales existan otros indicios objetivos de que puedan suponer un riesgo de transmisión de la enfermedad. La observación, el examen o las pruebas serán lo menos intrusivos o invasivos posibles para permitir lograr el objetivo de salud pública consistente en prevenir o contener la propagación de la enfermedad.
5. Sometimiento a medidas profilácticas de prevención de la enfermedad, incluida la vacunación o inmunización, con información, en todo caso, de los posibles riesgos relacionados con la adopción o no adopción de estas medidas.

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

Entre otras, estas medidas podrán consistir en:

- i) Medidas que conlleven la limitación o restricción de la circulación o movilidad de las personas dentro de la zona afectada o en determinados lugares y espacios dentro de dicha zona o en determinadas franjas horarias.
- ii) Medidas de control de la salida de la zona afectada o de entrada en la misma.
- iii) Restricciones a las agrupaciones de personas incluidas las reuniones privadas entre no convivientes, especialmente en los lugares y espacios o con ocasión del desarrollo de actividades que conlleven un mayor riesgo de propagación de la enfermedad; todo ello sin perjuicio de las competencias estatales en relación con las reuniones en lugares de tránsito público y las manifestaciones realizadas en ejercicio del derecho fundamental regulado en el artículo 21 de la Constitución española.
- iv) Medidas de cribado consistentes en la realización de pruebas diagnósticas de determinados sectores o grupos de la población particularmente afectados o vulnerables.

Las restricciones a los desplazamientos y agrupaciones de personas enumeradas anteriormente nunca podrán ser absolutas, debiendo expresar con claridad y precisión los desplazamientos y agrupaciones que se restringen, actuando con preferencia sobre los desplazamientos y agrupaciones por razones meramente recreativas y de ocio. Habrán de admitirse, en todo caso, aquellos desplazamientos y agrupaciones que se desarrollen por motivos

esenciales o justificados compatibles con la protección de la salud, sin perjuicio, en su caso de los controles o medidas de prevención adicionales que pudieran establecerse.

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

Al igual que el anterior el interesado considera que este artículo esta inconstitucional al atribuir la adopción de estas medidas a los alcaldes.

4. El apartado Siete de la Ley establece lo siguiente:

“Siete. Se añade un nuevo artículo 38 ter, con la siguiente redacción:

«Artículo 38 ter. Adopción de medidas preventivas en materia de salud pública.

1. Las medidas preventivas previstas en el artículo 38 se adoptarán con la urgencia que el caso requiera, sin necesidad de seguir un procedimiento administrativo específico y con independencia de las medidas provisionales que pudieran adoptarse de acuerdo con la legislación vigente en el seno de un procedimiento administrativo o con anterioridad a su iniciación.
2. Las medidas se adoptarán de forma motivada, tras evaluar los principios científicos, las pruebas científicas o la información disponible en ese momento, y teniendo en cuenta el principio de precaución, que posibilitará su lícita adopción para asegurar un nivel elevado de protección de la ciudadanía cuando, tras la indicada evaluación, se observase la existencia fundada, seria y razonable, de un riesgo actual o inminente para la salud de la población, aunque siga existiendo incertidumbre científica.

Además, las medidas que se adopten han de ajustarse a los siguientes requisitos:

- a) Respetarán, en todo caso, la dignidad de la persona. En particular, las medidas de posible adopción en relación con las personas serán lo menos intrusivas e invasivas posible para lograr el objetivo de protección de la salud pública, procurando reducir al mínimo las molestias o inquietudes asociadas con tales medidas.

En particular, en los casos de medidas de aislamiento y cuarentena habrán de quedar garantizados el suministro de alimentos y de bienes

de primera necesidad y la disponibilidad de medios para el mantenimiento de las comunicaciones necesarias. El coste de tal suministro y disponibilidad solo será por cuenta de la Administración autonómica en caso de imposibilidad de sufragarlo el sujeto o sujetos afectados. Cuando las circunstancias impongan el cumplimiento de estas medidas fuera del domicilio de la persona o personas afectada, habrán de ponerse a su disposición instalaciones adecuadas para ello, a costa de la Administración autonómica.

- b) Se procurará siempre con preferencia la colaboración voluntaria de las personas afectadas con las autoridades sanitarias.
 - c) No podrán ordenarse medidas obligatorias que conlleven riesgo para la vida.
 - d) Habrán de utilizarse las medidas que menos perjudique la libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de empresa y cualquier otro derecho afectado.
 - e) Habrán de ser proporcionadas al fin perseguido,
3. En el caso particular de medidas limitativas de derechos fundamentales y libertades públicas el requisito de proporcionalidad previsto en el párrafo anterior exigirá que:
- Las medidas sean adecuadas, en el sentido de útiles para conseguir el fin propuesto de protección de la salud pública.
 - Las medidas sean necesarias, en el sentido de que no exista otra medida alternativa menos gravosa para la consecución de dicho fin con igual eficacia.
 - Las medidas sean ponderadas o equilibradas por derivarse de las mismas más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, en atención a la gravedad de la injerencia en los derechos fundamentales y libertades públicas y las circunstancias personales de quienes la sufren.
- En la motivación de las medidas se justificará de forma expresa su proporcionalidad en los términos indicados.
- Además, la adopción de estas medidas requerirá la necesaria garantía judicial con arreglo a lo dispuesto en la legislación procesal aplicable.
4. Las medidas serán siempre temporales. Su duración se fijará para cada caso, no excediendo de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario

que las justificó, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas mediante resoluciones motivadas.

5. Cuando las medidas afectasen a una pluralidad indeterminadas de personas serán objeto de publicación en el diario oficial correspondiente.

Si la medida afecta a una o varias personas determinadas, se les dará audiencia con carácter previo a su adopción, siempre que ello fuese posible, Si, debido a la urgencia del asunto, no fuese posible efectuar tal audiencia previamente, se realizará en un momento oportuno tras la adopción y puesta en aplicación de la medida.

6. La ejecución de las medidas podrá incluir, cuando resultase necesario y proporcionado, la intervención directa sobre las cosas y la compulsión directa sobre las personas, con independencia de las sanciones que, en su caso, pudieran imponerse. A estos efectos, se recabará la colaboración de las fuerzas y cuerpos de seguridad que sea necesaria para la ejecución de las medidas.
7. Las autoridades sanitarias informarán a la población potencialmente afectada, para proteger su salud y seguridad, por lo menos en cada caso más apropiado, de los riesgos existentes y de las medidas adoptadas, así como de las precauciones procedentes tanto para que ella misma pueda protegerse del riesgo como para conseguir su colaboración en la eliminación de sus causas, pudiendo a estos efectos formular las recomendaciones sanitarias apropiadas.»

El interesado considera que este artículo es inconstitucional al permitirse dictar actos administrativos sin necesidad de seguir un procedimiento administrativo específico.

5. El apartado Dieciséis establece lo siguiente:

“Dieciséis. Se modifica el artículo 45, quedando redactado como sigue:

«Artículo 45. Competencia para la imposición de sanciones sanitarias.

1. Los órganos de la Administración general de la Comunidad Autónoma competentes para la imposición de las sanciones por las infracciones previstas en los artículos 41, 42 y 43, con excepción de las contempladas en el número 2 de este edificio, son los siguientes:
 - a) Los órganos de la Consejería de Sanidad y del Servicio Gallego de Salud, en su caso, hasta 120.202,42 euros, en los términos que se establezcan reglamentariamente.

- b) El Concello de la Xunta desde 120.202,43 euros.
2. Corresponderá a los ayuntamientos el ejercicio de la competencia sancionadora por la comisión de las infracciones previstas en los artículos 41, 42 y 43, siempre que dichas infracciones afecten a las áreas de responsabilidad mínima sobre las cuales ejercen competencias de control sanitario.
 3. La Administración autonómica podrá actuar en sustitución de los ayuntamientos en los supuestos y con los requisitos contemplados en la legislación de régimen local.»

El interesado considera que este artículo es inconstitucional al atribuir la potestad sancionador en esta materia a los entes locales.

6. El apartado Diecisiete establece lo siguiente:

“Diecisiete. Se añade un artículo 45 bis, con la siguiente redacción:

«Artículo 45 bis. Competencia para sancionar las infracciones en materia de salud pública.

1. Corresponde a los ayuntamientos la competencia para incoar, instruir y resolver los expedientes sancionadores por las siguientes infracciones en salud pública tipificadas en la presente ley:
 - a. Las infracciones leves previstas en los apartados a), b), f), g), h), i), j), k) y l) del artículo 41 bis.
 - b. Las infracciones leves previstas en los apartados m) y n) del artículo 41 bis, cuando dichas infracciones afecten a las áreas de responsabilidad mínima sobre las cuales ejercen competencias de control sanitario.
 - c. Las infracciones graves previstas en los artículos a), b) y f) del artículo 41 bis, cuando las infracciones se cometan en relación con las autoridades sanitarias locales, sus agentes o la policía local.
 - d. Las infracciones graves del apartado c) del artículo 41 bis cuando se refieran a conductas respecto a las cuales, en su calificación como infracción leve, corresponda ejercer la potestad sancionadora a los ayuntamientos con arreglo a los apartados anteriores.
 - e. Las infracciones graves previstas en los apartados g), h), k) y l) del artículo 42 bis, cuando dichas infracciones afecten a las áreas de

responsabilidad mínima sobre las cuales ejercen competencias de control sanitario.

- f. Las infracciones graves previstas en los apartados i) y j) del artículo 42 bis.
 - g. La infracción grave prevista en el apartado m) del artículo 42 bis, cuando se refiera a infracciones leves respecto a las cuales corresponda ejercer la potestad sancionadora a los ayuntamientos con arreglo a lo indicado en este número 1.
 - h. Las infracciones muy graves previstas en los apartados a), e) y f) del artículo 43 bis, cuando afecten a las áreas de responsabilidad mínima sobre las cuales ejercen competencias de control sanitario.
 - i. Las infracciones muy graves del apartado d) del artículo 43 bis, cuando se refieran a conductas respecto a las cuales, en su calificación como infracción grave corresponda ejercer la potestad sancionadora a los ayuntamientos con arreglo a los apartados anteriores.
 - j. La infracción muy grave prevista en el apartado g) del artículo 43 bis, cuando se refiera a infracciones graves respecto a las cuales corresponda ejercer la potestad sancionadora a los ayuntamientos con arreglo a lo indicado en este número 1.
2. Corresponde a la Administración autonómica la competencia para incoar, instruir y resolver los expedientes sancionadores por las infracciones en salud pública tipificadas en la presente ley distintas de las enumeradas en el número 1.
 3. Los órganos autonómicos competentes para el ejercicio de la potestad sancionadora en los supuestos previstos en el apartado anterior son:
 - a) Persona titular de la jefatura territorial correspondiente de la consejería competente en materia de sanidad, cuando se trate de infracciones leves y graves.
 - b) La persona titular de la consejería competente en materia de sanidad, cuando se trate de infracciones muy graves.
 4. Sin perjuicio de lo establecido en el número 1, los órganos competentes de la Administración autonómica, de acuerdo con las reglas competenciales previstas para los expedientes sancionadores de competencia autonómica, asumirán la incoación, instrucción y resolución de los procedimientos

sancionadores por las infracciones previstas en el número 1 en el supuesto de falta de actuaciones de los ayuntamientos ante las denuncias presentadas por la ciudadanía o derivadas de las actuaciones de inspección, una vez instados a actuar por los órganos competentes de la comunidad autónoma y transcurrido el plazo concedido, que en ningún caso podrá ser inferior a un mes desde la recepción del requerimiento, sin que se haya producido la notificación al órgano competente de la Administración general de la Comunidad Autónoma de la incoación del correspondiente procedimiento sancionador.»

El interesado considera que este artículo es inconstitucional por la misma razón que el anterior.

7. Por último, el apartado Tercero de la Disposición Transitoria Única de la Ley establece lo siguiente:

“3. Corresponderá a los ayuntamientos la competencia para resolver los procedimientos sancionadores por hechos acaecidos antes de la entrada en vigor de la presente ley que sean constitutivos de infracción en materia de salud pública, siempre que tales infracciones afecten a las áreas de responsabilidad mínima sobre las cuales ejercen competencias de control sanitario de acuerdo con el artículo 42 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, y con el artículo 80 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia”.

El interesado considera que este apartado también es inconstitucional, por las mismas razones.

TERCERO. Centrando las cuestiones planteadas por el interesado, estas se pueden resumir en que, en su opinión, esta atribución de competencias a los entes locales vulnera la autonomía local y los principios constitucionales de estabilidad y sostenibilidad financiera de los entes locales.

Con respecto a esta última cuestión, considera el interesado que la ley vulnera los principios de estabilidad y sostenibilidad financiera de los entes locales. La razón de ello es que se atribuyen competencias a dichos entes que, según el interesado, van a suponer un incremento de gasto inasumible por parte de los ayuntamientos. Pero esto no deja de ser una opinión personal, sin que venga avalada por dato objetivo alguno. Por otra parte, no se produce una violación de lo establecido en el artículo 135 de la Constitución, que se refiere a la necesidad de que las administraciones locales presenten un equilibrio presupuestario, por el hecho de que la ley cuya constitucionalidad se discuta les atribuya determinadas competencias en materia de sanidad.

En cuanto a la posible vulneración de la autonomía local, hay que partir de lo siguiente:

- a) El artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, contempla en su apartado j la protección de la salubridad pública como competencia propia de los entes locales. Con ello, establece el marco para el ejercicio de competencias en esta materia por parte de estas entidades, quien podrán ejercer las atribuciones que les correspondan de acuerdo con la legislación sanitaria correspondiente.
- b) De acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 33 del Estatuto de Autonomía de Galicia, corresponde a la comunidad autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior. De tal manera que dicha comunidad está habilitada para dictar normas en esta materia, siempre que no contradigan lo dispuesto en la legislación básica del Estado.
- c) Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 27 del Estatuto, corresponden a la comunidad autónoma las funciones que sobre el Régimen Local correspondan a la comunidad autónoma al amparo del artículo ciento cuarenta y nueve, uno, dieciocho, de la Constitución y su desarrollo.

Ha de tenerse en cuenta que de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 25 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, los ayuntamientos ejercen las competencias que la ley considera propias de estos entes en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas. En este sentido, existe una jurisprudencia constitucional consolidada (por todas, véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3) en el sentido de que el grado de autonomía de las distintas administraciones territoriales (Estado, comunidades autónomas y entes locales) es distinto, correspondiendo a las comunidades autónomas que hayan asumido competencias estatales el determinar, en el ámbito de cada comunidad autónoma, las competencias que corresponden al gobierno autonómica y a las entidades locales, siempre respetando los intereses de estas últimas.

Por ello, no puede decirse que la atribución de competencias que regula la Ley 8/2021 suponga una vulneración de la autonomía local, como pretende el interesado. Entra dentro de la libertad del legislador de esa comunidad autónoma el hacer esta determinación.

La presente Resolución, por todo lo dicho, ha de ser desestimatoria de la solicitud.

FUNDAMENTOS

ÚNICO. - De acuerdo con los argumentos anteriormente expuestos, la presente Resolución ha de ser desestimatoria de la solicitud.

RESOLUCIÓN

En virtud de cuanto antecede, y oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, en su reunión de 21 de mayo de 2021, el Defensor del Pueblo (e.f.), de acuerdo con la legitimación que le confieren los artículos 162.1.a) de la Constitución, el 32 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional y el 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, que regula esta institución, ha resuelto no interponer recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia.

Estatuto de personal al servicio del Parlamento de La Rioja

La solicitud de recurso formulada por una organización sindical se planteó frente a los artículos 43, disposición transitoria primera 2 “in fine” en relación con la disposición transitoria tercera y la disposición transitoria segunda del Estatuto de Personal al servicio del Parlamento de la Rioja.

Se cuestiona entonces el primero de los preceptos citados por considerar que la regulación de las licencias y permisos forma parte del contenido necesario del régimen estatutario de los funcionarios y que su concreción no puede delegarse a la Mesa de la Cámara. Se cuestiona también el concepto salarial transitorio del segundo de los preceptos citados por constituir una retribución vitalicia “ad personam” contraria al principio de igualdad y desconocedora de la competencia exclusiva del Estado en materia de dirección de la actividad económica y coordinación de la hacienda pública (artículos 149.1.13ª y 156.1 CE). Finalmente se cuestiona el tercero de los preceptos al considerar que la medida de consolidación del empleo temporal que contiene es contraria al principio de igualdad en el acceso a la función pública, tanto desde la perspectiva general del derecho de todos a dicho acceso como desde la particular de quienes participan en procesos selectivos en curso y, asimismo, por considerar que vulnera la competencia exclusiva del Estado para establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos y la legislación que los contiene.

Se acordó no interponer el recurso solicitado en razón de la fundamentación siguiente:

FUNDAMENTOS

PRIMERO. Como se ha mencionado en los antecedentes el escrito de solicitud de recurso se inicia con una fundamentada exposición de la idoneidad del Estatuto de Personal al servicio del Parlamento de la Rioja para ser objeto del recurso de inconstitucionalidad que se solicita.

La atribución de “valor y fuerza de ley” a la norma parlamentaria cuestionada es requisito imprescindible para la toma en consideración de la solicitud, como también lo es para la decisión que se adopte al respecto la determinación de la posición que dicha norma ocupa en el sistema de fuentes del derecho y en el ordenamiento jurídico en el que se inserta, así como las consecuencias que se derivan de ello.

Aunque el rango y fuerza normativa de los estatutos del personal parlamentario ha venido siendo una cuestión doctrinalmente debatida se comparte de inicio el criterio expresado en la solicitud respecto del estatuto de personal aquí examinado.

Respecto del estatuto del personal de las Cortes Generales la jurisprudencia constitucional es clara. Así, en la STC 183/2012 (fj 5) se dice:

“Debemos partir, para resolver este óbice procesal, de la STC 139/1988, de 8 julio, F. 2, en la que nos pronunciamos sobre la posición que en el sistema de fuentes ocupa el Estatuto del personal de las Cortes Generales, posición que sólo cabe explicar en función del principio de competencia, y en ella concluimos que el Estatuto del personal de las Cortes Generales goza de fuerza y valor de ley a partir de la reserva material y formal que contiene a su favor el art. 72.1 CE . La fuerza de ley deriva de su naturaleza de norma primaria o directamente vinculada a la Constitución, que impide a cualquier otra norma y, por tanto, también a la ley, regular lo que a él está reservado — fuerza de ley en su vertiente pasiva— y al no estar subordinado a la ley no puede equipararse a una norma reglamentaria. Y valor de ley porque procede del Poder Legislativo. Asimismo señalamos que esta conclusión no se ve impedida por el hecho de que el art. 27.2 LOTC no mencione expresamente el Estatuto del personal de las Cortes, dado que éste puede ser reconducido, a los efectos del control de constitucionalidad, a la categoría de «actos del Estado con fuerza de ley», avalada por la reserva material y formal en su favor”.

Respecto de los estatutos de personal de los parlamentos autonómicos, de esta misma sentencia cabe deducir los requisitos que son precisos para quepa reconocer a los mismos esa “fuerza de ley” que determina su idoneidad para ser objeto de recurso de inconstitucionalidad. Se dice ahí:

“Pues bien, a diferencia de lo establecido en el art. 72.1 CE para el Estatuto del personal de las Cortes Generales, el Estatuto de Autonomía de Canarias, norma institucional básica de la comunidad autónoma a la que corresponde la organización de sus instituciones, entre las que se encuentra la Asamblea legislativa, y la determinación de la extensión de la autonomía parlamentaria (STC 179/1989, de 2 de noviembre F.6), no reserva al Parlamento la regulación del estatuto de su personal. En efecto, el art. 12.2 de dicho estatuto establece que «el Parlamento dictará su reglamento, que deberá ser aprobado por mayoría absoluta de sus miembros. En él se determinará el régimen de sesiones, la formación de grupos parlamentarios y el funcionamiento de la Diputación Permanente, así como cuantas otras cuestiones afecten a los procedimientos legislativos y de control político», mientras que su art. 13 enumera las funciones reservadas al Parlamento entre las que se incluye la aprobación de sus presupuestos, sin mención alguna al estatuto del personal. Es el art. 59 del Reglamento parlamentario según la redacción dado al mismo por los acuerdos de Pleno de 28 y 29 de marzo de 1995, y el

art. 63 en el texto refundido aprobado por resolución de 22 de junio de 1999 , el que atribuye competencia a la «Comisión de Reglamento» para aprobar unas normas de gobierno interior en las que se regule el régimen del personal, sus derechos y obligaciones como funcionarios públicos, su régimen retributivo, así como el funcionamiento de los servicios del Parlamento”.

“A la vista de la normativa expuesta, y sin necesidad de realizar un análisis exhaustivo de todos los argumentos expuestos por la Abogacía del Estado, por aplicación de la doctrina sentada en la STC 139/1988, de 8 de julio (RTC 1988, 139) podemos ya descartar que las Normas de gobierno interior y, por tanto, la disposición transitoria primera impugnada en esta cuestión, de inconstitucionalidad tengan fuerza de Ley. No existiendo una reserva en el Estatuto de Autonomía de Canarias a favor del estatuto del personal del Parlamento no puede predicarse de las Normas de gobierno interior su carácter primario o directamente derivado del Estatuto de Autonomía, por lo que carecen de la condición de norma con fuerza y valor de Ley y, por tanto, del carácter de «acto con fuerza de Ley». La disposición transitoria primera, apartado 1, de las Normas de gobierno interior del Parlamento de Canarias aprobadas por la Comisión de Reglamento en sesión celebrada el 6 de febrero de 1997, no encuentra acomodo en el art. 27.2 e) LOTC por ello, no es susceptible de control en este proceso por lo que procede declarar la inadmisibilidad de la presente cuestión de inconstitucionalidad”.

De acuerdo con esta doctrina cabe entender que cuando es el Estatuto de Autonomía el que expresamente reserva a la Cámara autonómica la aprobación del estatuto de su personal cabe predicar de dicha norma su carácter primario o derivado directamente del mismo. Y cabe añadir que esa norma primaria tiene “fuerza de Ley” al proceder del Poder legislativo en tanto tramitada y aprobada por el procedimiento y órgano legislativo correspondiente.

A juicio de esta institución en el presente caso se cumplen esos requerimientos. La Ley Orgánica 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja dispone en su artículo 18.3) que el Parlamento fijará su propio presupuesto y el estatuto de su personal. De acuerdo con esta reserva estatutaria, la norma aquí examinada fue tramitada como un proyecto de ley o proposición de ley en lectura única y aprobada por el Pleno del Parlamento en su sesión del día 31 de marzo de 2021, de conformidad con lo previsto en los artículos 115 y 164 del Reglamento de la Cámara.

De todo ello cabe deducir que el Estatuto de Personal al servicio del Parlamento de la Rioja es norma idónea para ser objeto del recurso de inconstitucionalidad que se solicita.

SEGUNDO. Ahora bien, de la naturaleza propia de esta norma, de la reserva estatutaria mencionada y de la posición que ocupa en sistema de fuentes del derecho y

en el ordenamiento jurídico autonómico, se derivan unas consecuencias que no pueden dejar de considerarse.

La primera es que esta norma se ordena, por su carácter primario, directamente al Estatuto de Autonomía y, por supuesto, a la Constitución, pero no a ninguna otra norma estatal o autonómica. La segunda, imbricada en la anterior, es que ninguna otra norma puede regular lo reservado estatutariamente a ella, ya que su posición en el sistema de fuentes del Derecho “no puede ya explicarse en los términos del tradicional principio de jerarquía normativa, debiéndose acudir a otros criterios entre los que el de la competencia juega un papel decisivo” por decirlo en los términos empleados por el Tribunal Constitucional respecto del Estatuto del Personal de las Cortes generales. (STC 139/1988, fj2)

De ello se deriva que el contraste de la constitucionalidad de los preceptos concretamente cuestionados haya de efectuarse únicamente con el Estatuto de Autonomía, la Constitución y el respeto al contenido esencial de los derechos y libertades que ella reconoce y que concretan las leyes orgánicas a las que la propia Constitución encomienda su desarrollo, pero no respecto de cualesquiera otras normas, incluidas las delimitadoras de competencias, o, mejor dicho, teniendo en cuenta que la competencia aquí la delimita el Estatuto de Autonomía y no otra norma y que atribuye tal competencia al parlamento autonómico, e incluidas también aquí las que establecen las bases a las que debe ceñirse el legislador autonómico cuando desarrolla materias de la competencia exclusiva del Estado.

Ello es por otra parte consecuencia lógica de la autonomía normativa y administrativa de la cámara autonómica reconocida en la norma institucional básica del ente político en el que se integra, autonomía que quedaría en entredicho si otra entidad con capacidad normadora pudiera interferir en su concreción. En consecuencia, no cabe tomar en consideración las alegaciones formuladas respecto de la vulneración de la legislación básica del Estado, en este caso en materia de función pública, ni las relativas y consecuentes de alteración del régimen competencial.

En razón de esa autonomía y de la reserva estatutaria corresponde al Parlamento de la Rioja definir los términos concretos del régimen del personal a su servicio, régimen que puede y suele ser próximo al de la función pública general pero no limitado por este, y en el que dispone de un amplio margen de opción dentro de los límites antes reseñados derivados de la Constitución y el Estatuto de Autonomía. Desde este punto de vista no parecen cuestionables ni la remisión a la Mesa de la Cámara que efectúa el artículo 43 para la determinación de los términos y duración de los permisos y licencias, máxime teniendo en cuenta el carácter supletorio de la Ley de Función Pública de la Comunidad Autónoma, ni el establecimiento de un complemento salarial transitorio que

efectúa la disposición transitoria primera para aquellos funcionarios que permanezcan en puestos a extinguir al no integrarse en los nuevos cuerpos y escalas.

TERCERO. Desde el comienzo de sus actividades y sin perjuicio de su libertad de acción en cada supuesto planteado, el Defensor del Pueblo, de acuerdo con la Junta de Coordinación y Régimen Interior, ha venido manteniendo el criterio general de no ejercitar la legitimación que le confiere el artículo 162.1.a) de la Constitución española, el artículo 32.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, y el artículo 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, cuando la acción sea iniciada cualquiera de los restantes sujetos legitimados para ello. Asimismo es criterio de la institución no iniciar procesos de inconstitucionalidad cuando los planteamientos de las mismas tengan por objeto cuestiones relativas a la defensa del orden competencial derivado de la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

Estos criterios, al margen de evidentes razones de economía procesal, tienen relación directa con la preservación de la neutralidad política que debe caracterizar la actuación del Defensor del Pueblo. El rango constitucional de la institución, su carácter de Comisionado parlamentario y la autoridad moral de la que gozan sus resoluciones, parecen aconsejar la inhibición del Defensor del Pueblo, en cualquier pugna procesal en la que su intervención no resulte imprescindible para cumplir adecuadamente su misión de garantizar los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos.

De acuerdo con estos criterios, si como consecuencia de haberse iniciado la acción por cualquier otro sujeto legitimado el Tribunal Constitucional va a pronunciarse sobre las cuestiones sometidas a la consideración del Defensor del Pueblo, se estima conveniente reservar su presencia en este tipo de procesos para aquellos supuestos en los que, de no intervenir, no habría pronunciamiento alguno sobre normas de constitucionalidad cuestionada.

A ello ha de añadirse que cuando el debate sobre la legitimidad constitucional de una norma o precepto se circunscribe a la defensa del orden competencial, entiende la institución que quienes son titulares de las competencias supuestamente afectadas y tienen legitimidad para iniciar acciones en su defensa son los que deben actuar. Solamente en el supuesto de que la eventual inacción de los presuntos titulares de la competencia pudiera suponer un riesgo para el legítimo y pleno ejercicio de los ciudadanos, de los derechos y libertades que la Constitución les reconoce, procedería la actuación, digámoslo así, subsidiaria del Defensor del Pueblo, mediante el recurso de inconstitucionalidad contra la norma competencial que pudiera producir tal efecto.

En el presente caso, y en relación con la Disposición transitoria segunda del Estatuto de Personal al servicio del Parlamento de la Rioja se ha planteado recurso de inconstitucionalidad por el Presidente del Gobierno ante el Tribunal Constitucional, tras el

Acuerdo del Consejo de Ministros del día 29 de junio pasado, dando lugar con ello a que el Tribunal resuelva la compatibilidad de dicha Disposición transitoria con los preceptos constitucionales alegados, por lo que se considera procedente, de acuerdo con los criterios de actuación expresados, abstenerse de intervenir sin efectuar pronunciamiento alguno al respecto.

Ley 4/2021, de 16 de abril, de la Función Pública Valenciana

La solicitud de recurso se planteó contra los artículos 62.g y 65.3 en tanto que imponen la exigencia del conocimiento del valenciano para poder acceder a un procedimiento selectivo de acceso a la Administración autonómica, lo cual implicaría una discriminación por razón de la lengua contraria tanto a lo dispuesto en el artículo 6.4 de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, así como al artículo 3 de la Constitución.

Se acordó no interponer el recurso solicitado en razón de la fundamentación siguiente:

La Constitución, en su artículo 3, además de declarar al castellano como lengua oficial del Estado, reconoce también la oficialidad de las demás lenguas españolas en las respectivas comunidades autónomas de acuerdo con sus estatutos. En el caso de la Comunitat Valenciana la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, modificada por la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, que aprueba el Estatuto de Autonomía, dispone en su artículo sexto -y por lo que aquí interesa- que “el idioma valenciano es el oficial en la Comunitat Valenciana, al igual que lo es el castellano”; que “todos tienen derecho a conocerlos y a usarlos”; y que “la Generalitat garantizará el uso normal y oficial de las dos lenguas”.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional “la instauración por el art. 3.2 de la Constitución de la cooficialidad de las respectivas lenguas españolas en determinadas comunidades autónomas tiene consecuencias para todos los poderes públicos en dichas Comunidades, y en primer término el derecho de los ciudadanos a usar cualquiera de las dos lenguas ante cualquier Administración en la comunidad respectiva con plena eficacia jurídica” (STC 82/1986, de 26 de junio).

Consecuencia de este régimen de cooficialidad lingüística es que las administraciones públicas deben proveerse de los medios necesarios, y entre ellos los personales, con conocimiento de la lengua cooficial junto con el castellano, lo que legitima que a este fin prescriban, en el ámbito de sus respectivas competencias, el conocimiento de ambas lenguas para acceder a determinadas plazas de funcionario o que, en general, se considere como un mérito entre otros el nivel de conocimiento de las mismas, ya que ello sirve, respecto de la lengua cooficial, “como modo de garantizar el derecho a usarla por parte de los ciudadanos de la respectiva comunidad” (STC 76/1983, de 5 de agosto).

Así pues, no parece objetable desde el punto de vista de la constitucionalidad que la norma reguladora de la función pública en la Comunitat Valenciana establezca como requisito de acceso a la misma “acreditar la competencia lingüística en los conocimientos

de valenciano” máxime cuando dicha acreditación ha de hacerse “respetando el principio de proporcionalidad y adecuación entre el nivel de exigencia y las funciones correspondientes”, ni tampoco que se prevea entre las pruebas de capacidad adecuadas para determinar la aptitud de cada aspirante en relación con las funciones y tareas a desempeñar “la comprobación de los conocimientos de valenciano y de otros idiomas”.

Se trata con ello como ya se ha apuntado de garantizar el derecho de los ciudadanos a relacionarse con la Administración en la lengua cooficial con plena validez y efectos jurídicos y de cumplir el deber de disponer de los medios personales necesarios para ello.

Ley 4/2021, de 16 de abril, de la Función Pública Valenciana

Por parte de una organización sindical se solicita la interposición de recurso respecto de la creación de la escala C2-03-03, Auxiliares de enfermería, contenida en su Anexo I, en relación con la titulación de graduado en educación secundaria obligatoria exigida para el ingreso en la misma, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31.3.b) de la Ley.

Se acordó no interponer el recurso solicitado en razón de la fundamentación siguiente:

FUNDAMENTOS

PRIMERO. Como el solicitante de recurso conoce, desde el comienzo de sus actividades y sin perjuicio de su libertad de acción en cada supuesto planteado, el Defensor del Pueblo, de acuerdo con la Junta de Coordinación y Régimen Interior, ha venido manteniendo el criterio general de no ejercitar la legitimación que le confiere el artículo 162.1.a) de la Constitución española, el artículo 32.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, y el artículo 29 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, cuando la acción sea iniciada por cualquiera de los restantes sujetos legitimados para ello. Asimismo es criterio de la institución no iniciar procesos de inconstitucionalidad cuando los planteamientos de las mismas tengan por objeto cuestiones relativas a la defensa del orden competencial derivado de la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

Estos criterios, al margen de evidentes razones de economía procesal, tienen relación directa con la preservación de la neutralidad política que debe caracterizar la actuación del Defensor del Pueblo. El rango constitucional de la institución, su carácter de Comisionado parlamentario y la autoridad moral de la que gozan sus resoluciones, parecen aconsejar la inhibición del Defensor del Pueblo, en cualquier pugna procesal en

la que su intervención no resulte imprescindible para cumplir adecuadamente su misión de garantizar los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos.

De acuerdo con estos criterios, si como consecuencia de haberse iniciado la acción por cualquier otro sujeto legitimado el Tribunal Constitucional va a pronunciarse sobre las cuestiones sometidas a la consideración del Defensor del Pueblo, se estima conveniente reservar su presencia en este tipo de procesos para aquellos supuestos en los que, de no intervenir, no habría pronunciamiento alguno sobre normas de constitucionalidad cuestionada.

A ello ha de añadirse que cuando el debate sobre la legitimidad constitucional de una norma o precepto se circunscribe a la defensa del orden competencial, entiende la institución que quienes son titulares de las competencias supuestamente afectadas y tienen legitimidad para iniciar acciones en su defensa son los que deben actuar. Solamente en el supuesto de que la eventual inacción de los presuntos titulares de la competencia pudiera suponer un riesgo para el legítimo y pleno ejercicio de los ciudadanos, de los derechos y libertades que la Constitución les reconoce, procedería la actuación, digámoslo así, subsidiaria del Defensor del Pueblo, mediante el recurso de inconstitucionalidad contra la norma competencial que pudiera producir tal efecto.

SEGUNDO. Ahora bien, en el presente caso, aunque se alegue un exceso competencial por parte del legislador valenciano no parece que este se haya producido. La ordenación de la función pública propia es sin duda una competencia de la Comunidad Autónoma en el marco de las bases que dicte el Estado y esta competencia incluye sin duda alguna también la creación de cuerpos y escalas funcionariales y la integración de los que se supriman en los creados. Y si la creación de cuerpos y escalas debe hacerse mediante ley, mediante ley se hace. Y si la legislación básica estatal clasifica en el grupo C2 a los cuerpos y escalas para cuyo ingreso se exige el título de graduado en educación secundaria, esa es la exigencia que respeta el legislador autonómico en el presente caso.

Frente a ello no cabe tomar en consideración lo previsto o indicado en otras normas de rango legal o infralegal, ni menos aún la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana a la que deroga expresamente la ley aquí tratada, ya que el parámetro de constitucionalidad o bloque de constitucionalidad, en el presente caso y por lo que aquí interesa, lo conforman la Constitución y el Estatuto Básico del Empleado público.

TERCERO. Como se puso de manifiesto en antecedentes, no se cuestiona la creación del cuerpo de referencia sino que para su acceso no se exija estar en posesión de un título de formación profesional de la familia profesional de sanidad y en concreto la de Técnico en Cuidados Auxiliares de Enfermería. Se alega al respecto, como ya se

indicó, que la escala cuestionada coincide una profesión regulada del área sanitaria de formación profesional, como determina la Ley 44/2003 de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, que exige para su desempeño ostentar el título de formación profesional de la familia profesional de sanidad.

Pero no se trata aquí de la regulación de una profesión sanitaria, ni menos aún de una profesión sanitaria titulada para cuyo ejercicio sí se exige estar en posesión de un determinado título, sino de la creación de una escala administrativa dentro del cuerpo, también administrativo, de servicios auxiliares, que es cosa bien distinta y que se enmarca sin dificultad en el ámbito competencial autonómico.

Por otra parte, una cosa son las profesiones sanitarias tituladas que son las que determina el artículo 2 de la ya citada ley 44/2003, y otra diferente y con diferentes consecuencias la calificación o consideración de “profesionales del área sanitaria de formación profesional” que la ley otorga, entre otros, a quienes ostentan los títulos de Técnico en Cuidados Auxiliares de Enfermería, lo que no convierte su actividad en profesión regulada y titulada.

Decreto-ley 2/2021, de 7 de mayo, por el que se modifica 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

Una persona solicitó que el Defensor del Pueblo interpusiera un recurso contra el Decreto-ley 2/2021, de 7 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se modifica la Ley 3/2020, de 3 de diciembre, que establece el régimen jurídico de alerta sanitaria para el control de la pandemia covid-19 en Aragón. La solicitud cuestionaba que una comunidad autónoma pueda restringir derechos fundamentales, aunque no se hacía referencia a un determinado precepto.

De acuerdo con los fundamentos jurídicos expuestos en la resolución, fue adoptada la decisión de no interponer el recurso de inconstitucionalidad pretendido.

PRIMERO. La persona compareciente solicita la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley 2/2021, de 7 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se modifica 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.

El decreto-ley fue publicado en el BOA número 22, de 7 de mayo de 2021. Se estructura en un artículo único, dos disposiciones adicionales, una derogatoria y una final.

La compareciente no especifica qué precepto del decreto-ley estima inconstitucional pero el que afecta a un derecho fundamental, en concreto el derecho de reunión, es el artículo único, apartado uno, que introduce una letra i) en el apartado 2 del artículo 32 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, con la siguiente redacción:

«i) Las reuniones sociales a las que se refiere el artículo 9 de esta ley no podrán superar el número de cuatro personas salvo en los casos de personas convivientes, independientemente de que se trate de espacios o establecimientos de carácter público o privado.»

SEGUNDO. El único motivo de inconstitucionalidad alegado por la solicitante del recurso es que «anula los derechos fundamentales cuando una comunidad autónoma no puede hacerlo». Insiste en que una «ley autonómica no puede anular derechos fundamentales, sino que solo lo puede hacer una ley orgánica». Añade que «ante el fallo del Tribunal

Constitucional ante la modificación de la Ley de Sanidad de Galicia», hay un precedente de inconstitucionalidad de esta ley», se entiende la Ley 3/2020, de 3 de diciembre.

FUNDAMENTOS

PRIMERO. Con carácter preliminar, es preciso realizar algunas consideraciones previas. Es necesario aclarar a la solicitante que el plazo estipulado por el artículo 33 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para interponer un recurso de inconstitucionalidad es de tres meses a partir de la publicación de la ley, disposición o acto con fuerza de ley. En el caso 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, cuando la solicitante se dirigió al Defensor del Pueblo, el 26 de mayo de 2021, dicho plazo había vencido hacía tiempo. La ley autonómica fue publicada en el BOA número 241, de 4 de diciembre de 2020, por lo que el plazo para interponer un recurso de inconstitucionalidad contra la misma venció el 4 de marzo de 2021.

Por otra parte, con relación a la analogía que encuentra con la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia, la cual estima erróneamente que ha sido declarada inconstitucional, debe indicarse a la solicitante que la admisión a trámite de un recurso de inconstitucionalidad frente a una norma con rango de ley no se corresponde con una declaración de inconstitucionalidad.

El presidente del Gobierno interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra el apartado cinco del artículo único de la Ley de Galicia 8/2021, en cuanto a la nueva redacción del artículo 38.2 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia. El 22 de abril de 2021 el Pleno del Tribunal Constitucional admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 1975-2021, en el que se invocaba el artículo 161.2 de la Constitución, lo que produce la suspensión de la vigencia y aplicación del precepto impugnado desde la fecha de interposición del recurso, es decir desde el 6 de abril de 2021. Tanto el letrado de la Xunta de Galicia como el letrado oficial mayor del Parlamento de Galicia formularon alegaciones contra el recurso y solicitaron el 11 de junio de 2021 el levantamiento anticipado de la suspensión del precepto legal impugnado. Recientemente, el 20 de julio de 2021, el Tribunal Constitucional ha dictado un auto por el que acuerda mantener la suspensión de lo dispuesto en el número 5ª del artículo 38.2.b) de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, en la redacción dada por el apartado cinco del artículo único de la Ley 8/2021, de 25 de febrero, y levantar la suspensión que afecta al resto de lo dispuesto en el artículo 38.2 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, en la redacción dada por el mismo apartado cinco del artículo único de la Ley 8/2021, de 25 de febrero. Por tanto, no hay todavía decisión alguna del Tribunal Constitucional relativa al fondo del recurso interpuesto por el

presidente del Gobierno. Por lo demás, debe advertirse que la declaración de inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley por el Tribunal Constitucional se circunscribe únicamente a esta y no afecta a cualesquiera otras leyes o normas con fuerza de ley.

Por último, esta institución subraya que la solicitante de recurso ha pedido también su interposición respecto al Decreto-ley 5/2021, de 7 de mayo, por el que se modifican la Ley 16/2010, de 28 de diciembre, de Salud Pública de las Illes Balears, y el Decreto-ley 11/2020, de 10 de julio, por el que se establece un régimen sancionador específico para hacer frente a los incumplimientos de las disposiciones dictadas para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la covid-19; así como frente a la Ley del País Vasco 2/2021, de 24 de junio, de medidas para la gestión de la pandemia de covid-19.

En todas sus solicitudes, ha expresado razonamientos semejantes y genéricos sobre afectación a los derechos fundamentales por una ley autonómica y vulneración de la Constitución. En consecuencia, debe recordarse que, cuando lo que está en juego es la depuración del ordenamiento jurídico, dada la gravedad de la afirmación de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, los solicitantes de un recurso de inconstitucionalidad ante el Defensor del Pueblo han de desarrollar una argumentación suficiente que permita a esta institución analizar debidamente las cuestiones que se suscitan. No debe estimarse una pretensión que solo descansa en la mera aseveración genérica de una supuesta afectación de derechos fundamentales y a la Constitución.

Una vez sentado lo anterior, y a la vista de que los argumentos de las solicitudes de interposición de recurso de inconstitucionalidad son prácticamente idénticas, los fundamentos jurídicos de la presente resolución son semejantes a los ya formulados respecto a la solicitud sobre el Decreto-ley 5/2021, de 7 de mayo, de las Illes Balears, si bien algo más breves en número y extensión para ajustarse a las alegaciones concretas formuladas y a la norma cuya impugnación se pretende.

SEGUNDO. La limitación de derechos fundamentales está prevista y regulada en la Constitución. Los derechos fundamentales no son absolutos ni ilimitados. En ocasiones, pueden y deben ceder en su confrontación con otros derechos fundamentales o con otros bienes constitucionalmente protegidos para cuya garantía puede ser necesario restringirlos. Así lo advierte el artículo 10.1 de la Constitución cuando afirma que el respeto a los derechos de los demás es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social y así se desprende de los artículos 53.1 y 81.1 y de una consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 2/1982, FJ 5, entre otras muchas).

El Tribunal Constitucional reconoció de forma temprana, en su Sentencia 140/1986, de 11 de noviembre, FJ 5, y así lo ha refrendado en múltiples ocasiones, que

«el desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste en la determinación de su alcance y límites». A su vez, ha interpretado el artículo 53.1 de la Constitución de manera que resulta en un apoderamiento general al legislador ordinario para regular el ejercicio de los derechos consagrados en el Capítulo segundo del Título I.

De acuerdo con una reiterada y conocida jurisprudencia constitucional, el legislador (más precisamente, los legisladores, dada la plural potestad legislativa que la Constitución implanta) tiene muy variadas posibilidades de intervención normativa en el campo de los derechos fundamentales: el legislador orgánico, para el desarrollo de los derechos y libertades (artículo 81.1); el legislador ordinario, para regular el ejercicio (artículo 53.1); y el legislador autonómico, al que el Tribunal Constitucional ha reconocido competencia para satisfacer la reserva de ley que establece el artículo 53.1.

Es claro pues que el legislador (orgánico y ordinario —entre el que se encuentra el legislador autonómico—) puede establecer límites a los derechos fundamentales. Límites entendidos como toda acción jurídica que entrañe o haga posible una restricción de las facultades que constituyen el contenido de los derechos. Límites que pueden ser normales u ordinarios, pero que también pueden consistir en restricciones extraordinarias, temporales estas por definición.

Ahora bien, la limitación debe reunir tres presupuestos de constitucionalidad: el respeto al contenido esencial del derecho limitado (que consagra también el artículo 53.1 CE), la búsqueda de un fin constitucionalmente legítimo o la salvaguarda de un bien constitucionalmente relevante (STC 104/2000, FJ 8 y las allí citadas) y cumplir con el principio de proporcionalidad (por todas, SSTC 11/1981, FJ 5; 196/1987, FJ 6, y 292/2000, FJ 15).

Además, la limitación de los derechos fundamentales debe ser respetuosa con la reserva de ley prevista en los artículos 81.1 y 53.1 de la Constitución; reserva de ley orgánica u ordinaria según sea desarrollo directo y frontal del derecho o regulación de su ejercicio y según sea la intensidad y grado de afectación de la limitación (SSTC 11/1981, FJ 5; 140/86, FJ 5; 196/1987, FJ 6, y 292/2000, FJ 15, entre otras muchas).

El Tribunal Constitucional mantiene, desde la Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, un criterio de interpretación estricto de la reserva de ley orgánica (artículo 81.1 CE). Tanto en lo que se refiere al término «desarrollar» como a la «materia» objeto de reserva. De esta forma, la reserva de ley orgánica no significa que esta haya de agotar todos y cada uno de los aspectos relacionados con el contenido y ejercicio de los derechos fundamentales. No todo lo que afecte a los derechos fundamentales es un desarrollo directo de estos, es decir, una regulación de sus aspectos esenciales que requiera de una disposición de las Cortes emanada con forma de ley orgánica. Solo será

precisa cuando se acometa un desarrollo directo -global o de sus aspectos esenciales- del ámbito subjetivo u objetivo de los derechos fundamentales (SSTC 5/1981; 6/1982; 67/1985; 140/1986; 160/1987; 132/1989, y 127/1994, entre otras). En definitiva, no se corresponde con la Constitución la afirmación de que toda limitación de un derecho fundamental ha de hacerse única y exclusivamente por ley orgánica.

En esa misma línea de razonamiento, el Tribunal Constitucional ha rechazado una interpretación extensiva del límite material del decreto-ley (afectación a los derechos y libertades del Título I) fijado en el artículo 86.1 de la Constitución que supondría el vaciamiento de la figura, haciéndola «inservible para regular con mayor o menor incidencia cualquier aspecto concerniente a las materias incluidas en el Título I de la Constitución». La cláusula restrictiva debe ser entendida de modo que no se reduzca a la nada el decreto-ley. Por tanto, lo que se prohíbe constitucionalmente es que se regule un régimen general de estos derechos, deberes y libertades o que vaya en contra del contenido o elementos esenciales de algunos de tales derechos (STC 111/1983, FJ 8, confirmada por otras posteriores: SSTC 60/1986, FJ 4; 182/1997, FJ 6; 137/2003, FJ 6; 108/2004, FJ 7, y 329/2005, FJ 8).

Hay que tener presente, además, que la reserva de ley orgánica no implica que solo la Administración estatal pueda limitar estos derechos. Nada impide que la correspondiente ley orgánica otorgue a las autoridades de las comunidades autónomas (o incluso a las locales) el poder de restringirlos en determinadas circunstancias.

TERCERO. De acuerdo con lo anterior, el Tribunal Constitucional ha fijado cuándo la imposición de límites a un derecho fundamental cae en la reserva de ley orgánica (artículo 81.1 CE) y cuándo se puede considerar una regulación del ejercicio del derecho (artículo 53.1 CE) no reservado a aquella forma legal.

Los límites legales pueden ser bien restricciones directas del derecho fundamental mismo, bien restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental, límites estos últimos que afectan solo a las condiciones de ejercicio de los derechos, sin modificar sus elementos ni su estructura (sujetos titulares, objeto, contenido). Modifican únicamente las condiciones accidentales o circunstanciales en que se ejercen o se realizan.

En el primer caso, regular esos límites es una forma de desarrollo del derecho fundamental que exige la ley orgánica. En el segundo, los límites que se fijan lo son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo que puede hacer el legislador ordinario a tenor de lo dispuesto en el artículo 53.1 de la Constitución (STC 292/2000, FJ 11).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 53/2002, de 27 de febrero, FJ 13, alude también a la intensidad de la afectación al derecho fundamental al enjuiciar la constitucionalidad de una limitación de ese derecho fundamental establecida por ley ordinaria. Las restricciones del derecho especialmente gravosas, por su intensidad y el grado de afectación a su contenido, suponen una limitación esencial del mismo y son equiparables a un tratamiento frontal o «desarrollo» del derecho, por lo que exigen ley orgánica de acuerdo con el artículo 81 de la Constitución. No así las modulaciones provisionales y limitadas a la forma en que se ejerce, en circunstancias determinadas, el derecho fundamental, para las que es suficiente la ley ordinaria.

En definitiva, el Tribunal Constitucional admite que la ley, ordinaria u orgánica, permita la adopción de medidas concretas que limiten determinados derechos fundamentales, con las matizaciones hechas acerca del ámbito aceptable de intromisión de una y otra en el derecho fundamental, sin necesidad de acudir a la excepcionalidad constitucional que implica la declaración de un estado de alarma y siempre que esta limitación se encuentre suficientemente acotada en la correspondiente disposición legal de habilitación en cuanto a los supuestos y fines que persigue, de manera que resulte cierta y previsible, y esté justificada en la protección de otros bienes o derechos constitucionales.

CUARTO. En un contexto de grave crisis sanitaria, como el que acaece desde hace más de un año y medio a causa de la pandemia de covid-19, el marco ordinario de referencia legal lo constituyen las ya citadas Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, Ley 14/1986, General de Sanidad, y Ley 33/2011, General de Salud Pública, así como las leyes de salud pública de las comunidades autónomas.

Al amparo de estas leyes, las autoridades sanitarias autonómicas, tras la finalización del primer estado de alarma, han ido acordando medidas de prevención y control de la pandemia de covid-19, en función de la correspondiente situación epidemiológica en sus territorios, sus características específicas y sus concretas necesidades, al amparo del marco legal antes referido. Algunas de las medidas implican limitaciones de derechos fundamentales, como el derecho de reunión o el de libre circulación, entre otros, con un alcance general en cuanto vinculan al conjunto de la población de un territorio determinado. Limitaciones que, a su vez, persiguen la protección de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos. La limitación del derecho de reunión y la libre circulación o de la intimidad y o de la autonomía personal vendría así motivada por la protección de los derechos a la salud, la vida y la integridad física, y por la protección de la salud pública (artículos 15 y 43 CE) en un contexto de grave riesgo para la salud pública, como lo es la pandemia de covid-19 y la emergencia sanitaria que ha provocado, con el fin de prevenirla y controlarla, mediante la reducción del riesgo de contagio de esta enfermedad infecciosa.

Las medidas adoptadas no tienen por finalidad privar de la titularidad del derecho, suprimirlo, negar su existencia o modificar su contenido, sino modificar durante un tiempo delimitado y en unas circunstancias determinadas algunas condiciones de su ejercicio o algunos contenidos, de la forma mínima posible, proporcionada y adecuada al fin buscado. Dado que no se limita frontalmente el contenido del derecho sino que se limita provisionalmente su ejercicio, las habilitaciones contenidas en la Ley 14/1986, General de Sanidad, y en la Ley 33/2011, General de Salud Pública, podrían resultar suficientes, si bien a la vista del alcance de la limitación respecto al conjunto de destinatarios y en ocasiones su intensidad y duración en el tiempo, a veces prolongada y dependiente de la evolución epidemiológica, puede ser necesaria, de conformidad con la jurisprudencia constitucional antes citada, una habilitación prevista en ley orgánica.

Ya ha quedado razonado, en el fundamento jurídico primero, que una ley orgánica puede prever y permitir que las autoridades sanitarias autonómicas, en ejercicio de sus competencias ejecutivas, adopten medidas limitativas de derechos fundamentales con alcance general, es decir dirigidas a un grupo amplio de personas no individualizado, al conjunto de la población de un municipio, comarca o comunidad autónoma, en una situación concreta de grave riesgo para la salud pública, como lo es la pandemia de covid-19 y la emergencia sanitaria que ha provocado, con el fin de garantizar el control de brotes epidemiológicos y el riesgo de contagio.

Eso es lo que precisamente hace el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, que, con el rango de ley orgánica, se corresponde con el presupuesto legal habilitante que exige la Constitución.

Dispone este precepto legal que «Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria (tanto el Estado como a las comunidades autónomas), en el ámbito de sus respectivas competencias, 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».

El segundo inciso del artículo, «así como las medidas que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible», no limita ni restringe el tipo de medidas que pueden adoptar las autoridades autonómicas sanitarias para controlar el riesgo de una enfermedad transmisible. Pueden adoptar las medidas, tanto individualizadas como de alcance general en un determinado ámbito, que se consideren necesarias a tal fin, incluidas las que limiten derechos fundamentales, siempre que sean proporcionadas.

Si las medidas no pudieran ser de alcance general, dirigidas a un conjunto de población en un determinado ámbito, el segundo inciso resultaría redundante y carecería de sentido. No debe interpretarse una cláusula legal en un sentido que le priva de efecto. Ha de presumirse que el legislador, al añadir este segundo inciso al artículo 3, pretendía regular la posibilidad adicional de adopción de medidas que afectaran a personas distintas de «los enfermos, las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y a las situadas en el medio ambiente inmediato» mencionados en el primer inciso. Por otra parte, nada hay en el tenor literal del artículo que permita distinguir en función del número de afectados. Si la ley no distingue no cabe una interpretación que sí haga distinciones.

Adviértase que, en situaciones de graves crisis sanitarias, para las que está pensado el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, surgen problemas imprevistos e imprevisibles, que el legislador no puede anticipar ni regular con detalle, pero a los que hay que dar una respuesta pública inmediata y, probablemente, drástica. Dado que resulta prácticamente imposible conocer de antemano cuál será la situación excepcional que acaezca y predeterminar los medios necesarios para enfrentarla, es razonable pensar que el legislador ha querido conferir una habilitación genérica, unos muy amplios poderes a la Administración, con un también amplio margen de apreciación, para las circunstancias de esta naturaleza, en las que están en juego los derechos a la vida e integridad física en íntima conexión con el derecho a la salud. De esta forma, confiere a las autoridades administrativas la flexibilidad precisa para dar una respuesta apropiada a estas situaciones graves.

La necesidad de reaccionar de forma apropiada y a tiempo justifica esta habilitación legal, formulada en términos tan amplios, en el inciso final del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986. Se trata de una habilitación genérica recogida en una ley orgánica que abarca limitaciones provisionales de derechos para un conjunto amplio de personas o la población en general a través de todas las medidas que puedan reputarse necesarias para el control de una enfermedad transmisible cuando concurren razones sanitarias de urgencia y necesidad (artículo 1 de la Ley Orgánica 3/1986).

La falta de concreción legal del contenido de las actuaciones habrá de ser suplida por la explícita motivación de las resoluciones que se adopten, de forma que se justifique su proporcionalidad y adecuación a los hechos.

Las disposiciones administrativas mediante las que se aprueban las medidas de salud pública restrictivas de derechos fundamentales no pueden eludir en sus preámbulos un razonamiento que explique suficientemente que su adopción contribuye a mejorar la situación sanitaria con el conocimiento científico disponible y en el concreto ámbito geográfico en el que se imponen, así como el resto de consideraciones que permitan verificar que no se ha incurrido en excesos a la hora de limitar los derechos.

También deben incluir una justificación suficiente de su imperiosa necesidad, pues la jurisdicción contencioso-administrativa anula las disposiciones restrictivas de derechos cuando en su propio texto no justifican suficientemente su necesidad, sin que sea admisible aportar una justificación con ocasión del ulterior proceso que las enjuicie.

En definitiva, estas normas administrativas han de hacer un esfuerzo de motivación que permita a los tribunales de justicia llevar a cabo el juicio de su necesidad, idoneidad y proporcionalidad. La omisión de justificación, la justificación insuficiente, o la desproporcionalidad de las medidas respecto de la justificación expuesta, conducirían a su no ratificación o posterior anulación.

El Defensor del Pueblo considera, a la luz de los argumentos expuestos, que una interpretación tanto literal como teleológica del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, ampara la posibilidad de que las administraciones competentes adopten, en un contexto de emergencia sanitaria, medidas para proteger la salud de los ciudadanos y evitar la propagación de la epidemia que limiten de manera provisional derechos con alcance general al conjunto de población de un ámbito, en general territorial, determinado. Tal es la previsión del último inciso de dicho precepto.

Debe insistirse, además, en que las medidas previstas en el precepto dan respuesta a un conflicto entre derechos fundamentales: aquellos que se limitan, de los que se deriva para las autoridades competentes la obligación negativa de respetarlos; y los derechos a la vida y a la integridad física, que imponen a esas mismas autoridades la obligación positiva de protegerlos. Y no hay razón para resolver ese conflicto escogiendo la interpretación más favorable a los primeros y más perjudicial para los segundos.

En complemento de la Ley Orgánica 3/1986, el artículo 26 de la Ley General de Sanidad, prevé la posibilidad de que las autoridades sanitarias puedan adoptar las medidas preventivas que consideren pertinentes cuando exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud. La duración de dichas medidas se fijará para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, y no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó.

La Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, por su parte, establece en el artículo 54.1 que, «sin perjuicio de las medidas previstas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, con carácter excepcional, y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la Administración General del Estado y las de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ámbito de sus competencias respectivas, podrán adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley».

Hay que subrayar que, como garantía adicional, aquellas medidas adoptadas por la Administración sanitaria que limiten con alcance general derechos fundamentales conforme a la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, requieren de ratificación judicial. Por el contrario, la declaración de estado de alarma está excluida del control jurisdiccional ordinario dado su rango de ley (STC 83/2016, de 28 de abril de 2016).

Los artículos 10.8 y 11.1. i) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, tras la reforma operada por la Ley 3/2020 de 18 de septiembre, prevén que las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional conozcan de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria, que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal o la estatal, respectivamente, consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente. El artículo 122 quater dispone que la tramitación de estas ratificaciones tendrá siempre carácter preferente y deberá resolverse en un plazo máximo de tres días naturales y que en ella será parte el ministerio fiscal. Las decisiones judiciales recaídas en estos procesos son ahora susceptibles de recurso de casación ante el Tribunal Supremo, tras la reciente reforma legal llevada a cabo por el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, que busca así la unificación de la doctrina.

En suma, el Defensor del Pueblo estima constitucional que las autoridades sanitarias autonómicas, en un contexto de emergencia sanitaria y dentro del marco legal descrito, en especial al amparo del artículo 3 de la Ley Orgánica de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, adopten medidas de protección de la salud pública, en ejercicio de sus competencias ejecutivas, que supongan limitaciones temporales de derechos fundamentales con alcance general, siempre que justifiquen adecuadamente, en cualquier caso, su necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

Así lo ha mantenido desde el verano de 2020 en las quejas tramitadas y en la resolución de las solicitudes de recursos de inconstitucionalidad planteados en conexión con esta cuestión, tal y como recoge el informe anual 2020 elevado a las Cortes Generales. Así lo ha recogido también la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo en sus sentencias 720/2021 de 24 de mayo, y 788/2021, de 3 de junio.

QUINTO. La limitación del derecho de reunión, contemplada en el artículo único, apartado uno, que introduce una letra i) en el apartado 2 del artículo 32 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, estipulando que las reuniones sociales a las que se refiere el artículo 9 de esta ley no podrán superar el número de cuatro personas salvo en los casos de personas convivientes, independientemente de que se trate de

espacios o establecimientos de carácter público o privado, no es diferente de las limitaciones de este derecho, que las autoridades autonómicas han venido adoptando, en ejercicio de sus competencias ejecutivas y bajo el control judicial, al amparo de la Ley Orgánica 3/1986, la Ley 14/1986, General de Sanidad, y la Ley 33/2011, General de Salud Pública.

La reforma legal autonómica concreta las medidas susceptibles de ser adoptadas por la autoridad sanitaria competente en situaciones de grave riesgo para la salud pública (en especial, para hacer frente a enfermedades de carácter transmisible) y la regulación de los requisitos y el procedimiento exigibles para su adopción.

A la hora de dilucidar si tal concreción se ha realizado dentro del marco previsto en la Constitución, el Estatuto de Autonomía y la legislación sanitaria orgánica y ordinaria básica de aplicación, puede interpretarse que el régimen jurídico no constituye un desarrollo frontal ni comporta restricciones que supongan una limitación esencial de los derechos fundamentales que se ven afectados, sino que comporta únicamente la previsión de la posibilidad de modulaciones provisionales y limitadas de su ejercicio en circunstancias muy determinadas, razón por lo que no entraría en juego la reserva de ley orgánica. Así ocurre con el precepto limitativo del derecho de reunión en nivel de alerta 3 cuya, constitucionalidad se cuestiona.

En el supuesto de que la medida de limitación de reuniones sociales en alerta 3 pudiera resultar especialmente gravosa, al aumentar su intensidad y el grado de afectación al contenido de algún derecho fundamental por su prolongación en el tiempo, quedaría, a juicio de esta institución, precisamente cubierta por la Ley Orgánica 3/1986, sin que se aprecie un desarrollo de esa norma orgánica por el decreto-ley autonómico ni por la ley que modifica, sino en todo caso su constreñimiento por concreción.

En una materia, la salud pública, en la que es competente la Comunidad Autónoma de Aragón, en virtud de lo establecido en el artículo 149.1.16.^a y su Estatuto de Autonomía, estas normas legales constituirían una concreción legítima de lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, y en el resto de leyes estatales referidas, Ley 14/1986, General de Sanidad, y la Ley 33/2011, General de Salud Pública, susceptible, por ello, en los términos que se acaban de precisar, de desarrollo por el legislador autonómico.

Resulta determinante que tanto el decreto-ley que se cuestiona como la ley que modifica no amplían los poderes ya otorgados por la Ley Orgánica 3/1986 a la autoridad sanitaria autonómica para limitar los derechos fundamentales, sino que, por el contrario, los reducen, los constriñen, al someter el poder genérico que, con amplia discrecionalidad, confiere el artículo tercero de dicha norma orgánica («las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible») a ciertas reglas

sustantivas y de procedimiento, reforzando así las garantías y la seguridad jurídica. De esta manera, la reformada la Ley 3/2020, de 3 de diciembre, especifica las medidas y modulaciones de derechos y de la actividad que se pueden adoptar en cada nivel de alerta, los presupuestos y procedimiento para declarar estos, recoge la temporalidad de las medidas, las exigencias del principio de proporcionalidad y su necesaria ratificación judicial. Además, los procedimientos y requisitos establecidos respetan los principios establecidos en la legislación estatal de carácter básico.

RESOLUCIÓN

De acuerdo con lo razonado, el Defensor del Pueblo (e.f.), oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, previa la oportuna deliberación y con pleno respeto a cualquier opinión discrepante, resuelve no interponer el recurso de inconstitucionalidad solicitado contra el artículo único, apartado uno, Decreto-ley 2/2021, de 7 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se modifica 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.

Decreto-ley 5/2021, de 7 de mayo, por el que se modifican la Ley 16/2010, de 28 de diciembre, de salud pública de las Illes Balears, y el Decreto-ley 11/2020, de 10 de julio, por el que se establece un régimen sancionador específico para hacer frente a los incumplimientos de las disposiciones dictadas para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la covid-19

Varios ciudadanos solicitaron la interposición de un recurso contra el Decreto-ley 5/2021, de 7 de mayo, que modifica la Ley 16/2010, de 28 de diciembre, de Salud Pública de las Illes Balears, y el Decreto-ley 11/2020, de 10 de julio, por el que se establece un régimen sancionador específico para hacer frente a los incumplimientos de las disposiciones dictadas para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la covid-19. Los solicitantes aludían a la vulneración de varios derechos y libertades fundamentales recogidos en el Título primero de la Constitución, no en todos los casos especificando aquellos que se consideraban infringidos. Sobre los artículos a impugnar, alguna de las peticiones sí hacía referencia a la inconstitucionalidad de las letras b) y e) del apartado 3 del artículo 49 bis de la Ley de Salud Pública autonómica, introducido por el artículo primero, apartado 1, del Decreto-ley 5/2021 (sometimiento de las personas enfermas a tratamiento adecuado o a medidas profilácticas de prevención de la enfermedad, incluida la vacunación para determinados colectivos).

El Defensor del Pueblo no estimó procedente presentar el correspondiente recurso, con base en los fundamentos jurídicos que recoge la resolución. La reforma legal autonómica de las Illes Balears concreta las medidas susceptibles de ser adoptadas por la autoridad sanitaria competente en situaciones de grave riesgo para la salud pública (en especial, para hacer frente a enfermedades de carácter transmisible) y la regulación de los requisitos y el procedimiento exigibles para su adopción. A la hora de dilucidar si tal concreción se ha realizado dentro del marco previsto en la Constitución, el Estatuto de Autonomía y la legislación sanitaria orgánica y ordinaria básica de aplicación, puede interpretarse que el régimen jurídico establecido por el Decreto-ley 5/2021 no constituye un desarrollo frontal ni comporta restricciones que supongan una limitación esencial de los derechos fundamentales que se ven afectados, sino que comporta únicamente la previsión de la posibilidad de modulaciones provisionales y limitadas de su ejercicio en circunstancias muy determinadas, razón por la que no entraría en juego la reserva de ley orgánica. Se vuelve a recordar, una vez más, que la autoridad sanitaria autonómica ya dispone de amparo legal para la adopción de medidas de igual entidad a las recogidas en el decreto-ley, por lo previsto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

ANTECEDENTES

PRIMERO. Las personas comparecientes solicitan la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley 5/2021, de 7 de mayo, por el que se modifican la Ley 16/2010, de 28 de diciembre, de Salud Pública de las Illes Balears, y el Decreto-ley 11/2020, de 10 de julio, por el que se establece un régimen sancionador específico para hacer frente a los incumplimientos de las disposiciones dictadas para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la covid-19. El decreto-ley fue publicado en el BOIB número 60, de 8 de mayo de 2021, y en el BOE número 166, de 13 de julio de 2021.

El decreto ley se estructura en dos artículos, una disposición adicional, una derogatoria y una final.

El artículo primero modifica la Ley 16/2010, de 28 de diciembre, de Salud Pública de las Illes Balears, mediante la inclusión de los nuevos artículos 49 bis, 49 ter, 49 quater, 49 quinquies y 49 sexies, que recogen las medidas concretas que, en situaciones de pandemia o epidemia declaradas por las autoridades competentes, pueden adoptar las autoridades sanitarias autonómicas, así como el procedimiento para adoptarlas.

El artículo segundo modifica el Decreto-ley 11/2020, de 10 de julio, por el que se establece un régimen sancionador específico para hacer frente a los incumplimientos de las disposiciones dictadas para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la covid-19, para incorporar una serie de tipos infractores.

Contiene también una disposición adicional que establece, con carácter temporal, hasta que el Gobierno del Estado declare la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la covid-19, las tarifas y los precios máximos que deben aplicar los centros, los servicios y los establecimientos sanitarios y sociosanitarios, públicos y privados, para la realización de las pruebas diagnósticas.

Si bien los solicitantes -salvo uno- no especifican cuáles son los concretos preceptos del Decreto-ley 5/2021 que consideran inconstitucionales, los argumentos que desarrollan ponen de manifiesto que se refieren al artículo primero, apartados 1 y 3, que introduce los artículos 49 bis y 49 quater en la Ley 16/2010, de Salud Pública de las Illes Balears. El solicitante que sí menciona los artículos que, a su juicio, incurren en inconstitucionalidad especifica las letras b) y e) del apartado 3 del artículo 49 bis, introducido por el artículo primero, apartado 1, del Decreto-ley 5/2021.

SEGUNDO. Los motivos de inconstitucionalidad alegados pueden agruparse y resumirse de la manera siguiente:

1. Dos de los solicitantes, en sendos e idénticos escritos, hacen una descripción profusa de la regulación de los derechos contenidos en el Título I de la Constitución, sin llegar a determinar de manera expresa qué preceptos concretos del

texto constitucional se habrían visto conculcados por el decreto-ley balear ni a formular las razones de la presunta vulneración. De la descripción que realizan se deduce que implícitamente sostienen que el decreto-ley balear vulnera la reserva de ley orgánica en tanto faculta a las autoridades sanitarias autonómicas, en situaciones de pandemia o de epidemia declaradas por las autoridades competentes y cuando lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad, para la adopción de medidas que limitan los derechos fundamentales a la integridad física, la libertad de circulación y el derecho de reunión, consagrados en los artículos 15, 17, 19 y 21 de la Constitución, habilitación que a su juicio está sujeta a reserva de ley orgánica, de conformidad con el artículo 81 de la Constitución.

En ese sentido, a juicio de los solicitantes del recurso, el desarrollo normativo que lleva a cabo el decreto-ley no puede ampararse en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública. Parece además que, en su opinión, esta ley orgánica de 1986 tampoco habilita a las comunidades autónomas para adoptar, en ejercicio de competencias ejecutivas, medidas de salud pública que limiten derechos fundamentales. Por último, podría deducirse de sus escritos que también consideran que el decreto-ley balear resulta contrario al artículo 116 de la Constitución y a la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, ya que solo la declaración del estado de alarma permitiría limitar derechos fundamentales con alcance general.

2. Otro de los solicitantes del recurso considera inconstitucional el apartado 3 del artículo 49 bis, letras b) y e), relativas respectivamente al sometimiento de las personas enfermas a tratamiento adecuado y al sometimiento a medidas profilácticas de prevención de la enfermedad, incluida la vacunación para determinados colectivos.

Esgrime que tanto el tratamiento como la vacunación se impondrían siempre sin tener en cuenta el consentimiento del paciente para recibirlos. En su opinión, tales preceptos son claramente contrarios a la dignidad de la persona (artículo 10.1 CE), la integridad física y moral (artículo 15 CE), y la intimidad personal, en relación con la intimidad corporal (artículo 18.1). Alude, en ese sentido, a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el rechazo a los tratamientos médicos y la autonomía de la voluntad, aunque de forma solo parcial.

Recuerda el artículo 5 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, y que forma parte de nuestro ordenamiento desde su ratificación y publicación en el BOE número 251, de 20 de octubre de 1999, según el cual y como regla general «una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento.

Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento».

El solicitante concluye de todo lo expuesto que ampararse en razones de salud pública vinculadas al riesgo inherente a la expansión del contagio, la gravedad de la pandemia y, en particular, a la especial afectación a grupos vulnerables para imponer la vacunación -como hace el Decreto-ley 5/2021, de 7 de mayo-, no son razones suficientes para imponer la vacunación forzosa, ya que ni en la legislación sanitaria ordinaria ni en el decaído decreto del estado de alarma se establece el carácter obligatorio de las vacunas contra la covid-19. Afirmar que «la libertad del individuo prima frente a los intereses sociales» y que «la voluntad de la Administración de garantizar el control de contagios y proteger la salud de las personas, por muy encomiable que sea, no puede prevalecer sobre los derechos individuales de cada ciudadano», mucho menos si tienen la categoría de derechos fundamentales.

3. Otros solicitantes consideran que la normativa autonómica vulnera las competencias exclusivas estatales previstas en el artículo 149.1.16.^a de la Constitución ("bases y coordinación general de la sanidad").

4. El resto de solicitantes del recurso simplemente afirma que el decreto-ley es inconstitucional en su conjunto por vulnerar derechos fundamentales, pero sin desarrollar razonamiento alguno al respecto ni argumentación jurídica de ningún tipo.

FUNDAMENTOS

PRIMERO. La limitación de derechos fundamentales está prevista y regulada en la Constitución. Los derechos fundamentales no son absolutos ni ilimitados. En ocasiones, pueden y deben ceder en su confrontación con otros derechos fundamentales o con otros bienes constitucionalmente protegidos para cuya garantía puede ser necesario restringirlos. Así lo advierte el artículo 10.1 de la Constitución cuando afirma que el respeto a los derechos de los demás es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social y así se desprende de los artículos 53.1 y 81.1 y de una consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 2/1982, FJ 5, entre otras muchas).

El Tribunal Constitucional reconoció de forma temprana, en su Sentencia 140/1986, de 11 de noviembre, FJ 5, y así lo ha refrendado en múltiples ocasiones, que «el desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste en la determinación de su alcance y límites». A su vez, ha interpretado el artículo 53.1 de la Constitución de manera que resulta en un apoderamiento general al legislador ordinario para regular el ejercicio de los derechos consagrados en el Capítulo segundo del Título I.

De acuerdo con una reiterada y conocida jurisprudencia constitucional, el legislador (más precisamente, los legisladores, dada la plural potestad legislativa que la Constitución implanta) tiene muy variadas posibilidades de intervención normativa en el campo de los derechos fundamentales: el legislador orgánico, para el desarrollo de los derechos y libertades (artículo 81.1); el legislador ordinario, para regular el ejercicio (artículo 53.1); y el legislador autonómico, al que el Tribunal Constitucional ha reconocido competencia para satisfacer la reserva de ley que establece el artículo 53.1.

Es claro pues que el legislador (orgánico y ordinario -entre el que se encuentra el legislador autonómico-) puede establecer límites a los derechos fundamentales. Límites entendidos como toda acción jurídica que entrañe o haga posible una restricción de las facultades que constituyen el contenido de los derechos. Límites que pueden ser normales u ordinarios, pero que también pueden consistir en restricciones extraordinarias, temporales estas por definición.

Ahora bien, la limitación debe reunir tres presupuestos de constitucionalidad: el respeto al contenido esencial del derecho limitado (que consagra también el artículo 53.1 CE), la búsqueda de un fin constitucionalmente legítimo o la salvaguarda de un bien constitucionalmente relevante (STC 104/2000, FJ 8 y las allí citadas) y cumplir con el principio de proporcionalidad (por todas, SSTC 11/1981, FJ 5; 196/1987, FJ 6, y 292/2000, FJ 15).

Además, la limitación de los derechos fundamentales debe ser respetuosa con la reserva de ley prevista en los artículos 81.1 y 53.1 de la Constitución; reserva de ley orgánica u ordinaria según sea desarrollo directo y frontal del derecho o regulación de su ejercicio y según sea la intensidad y grado de afectación de la limitación (SSTC 11/1981, FJ 5; 140/86, FJ 5; 196/1987, FJ 6, y 292/2000, FJ 15, entre otras muchas).

El Tribunal Constitucional mantiene, desde la Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, un criterio de interpretación estricto de la reserva de ley orgánica (artículo 81.1 CE). Tanto en lo que se refiere al término «desarrollar» como a la «materia» objeto de reserva. De esta forma, la reserva de ley orgánica no significa que esta haya de agotar todos y cada uno de los aspectos relacionados con el contenido y ejercicio de los derechos fundamentales. No todo lo que afecte a los derechos fundamentales es un desarrollo directo de estos, es decir, una regulación de sus aspectos esenciales que requiera de una disposición de las Cortes emanada con forma de ley orgánica. Solo será precisa cuando se acometa un desarrollo directo -global o de sus aspectos esenciales- del ámbito subjetivo u objetivo de los derechos fundamentales (SSTC 5/1981; 6/1982; 67/1985; 140/1986; 160/1987; 132/1989, y 127/1994, entre otras). En definitiva, no se corresponde con la Constitución la afirmación de que toda limitación de un derecho fundamental ha de hacerse única y exclusivamente por ley orgánica.

En esa misma línea de razonamiento, el Tribunal Constitucional ha rechazado una interpretación extensiva del límite material del decreto-ley (afectación a los derechos y libertades del Título I) fijado en el artículo 86.1 de la Constitución que supondría el vaciamiento de la figura, haciéndola «inservible para regular con mayor o menor incidencia cualquier aspecto concerniente a las materias incluidas en el Título I de la Constitución». La cláusula restrictiva debe ser entendida de modo que no se reduzca a la nada el decreto-ley. Por tanto, lo que se prohíbe constitucionalmente es que se regule un régimen general de estos derechos, deberes y libertades o que vaya en contra del contenido o elementos esenciales de algunos de tales derechos (STC 111/1983, FJ 8, confirmada por otras posteriores: SSTC 60/1986, FJ 4; 182/1997, FJ 6; 137/2003, FJ 6; 108/2004, FJ 7, y 329/2005, FJ 8).

Hay que tener presente, además, que la reserva de ley orgánica no implica que solo la Administración estatal pueda limitar estos derechos. Nada impide que la correspondiente ley orgánica otorgue a las autoridades de las comunidades autónomas (o incluso a las locales) el poder de restringirlos en determinadas circunstancias.

SEGUNDO. De acuerdo con lo anterior, el Tribunal Constitucional ha fijado cuándo la imposición de límites a un derecho fundamental cae en la reserva de ley orgánica (artículo 81.1 CE) y cuándo se puede considerar una regulación del ejercicio del derecho (artículo 53.1 CE) no reservado a aquella forma legal.

Los límites legales pueden ser bien restricciones directas del derecho fundamental mismo, bien restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental, límites estos últimos que afectan solo a las condiciones de ejercicio de los derechos, sin modificar sus elementos ni su estructura (sujetos titulares, objeto, contenido). Modifican únicamente las condiciones accidentales o circunstanciales en que se ejercen o se realizan.

En el primer caso, regular esos límites es una forma de desarrollo del derecho fundamental que exige ley orgánica. En el segundo, los límites que se fijan lo son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo que puede hacer el legislador ordinario a tenor de lo dispuesto en el artículo 53.1 de la Constitución (STC 292/2000, FJ 11).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 53/2002, de 27 de febrero, FJ 13, alude también a la intensidad de la afectación al derecho fundamental al enjuiciar la constitucionalidad de una limitación de ese derecho fundamental establecida por ley ordinaria. Las restricciones del derecho especialmente gravosas, por su intensidad y el grado de afectación a su contenido, suponen una limitación esencial del mismo y son equiparables a un tratamiento frontal o «desarrollo» del derecho, por lo que exigen ley

orgánica de acuerdo con el artículo 81 de la Constitución. No así las modulaciones provisionales y limitadas a la forma en que se ejerce, en circunstancias determinadas, el derecho fundamental, para las que es suficiente la ley ordinaria.

En definitiva, el Tribunal Constitucional admite que la ley, ordinaria u orgánica, permita la adopción de medidas concretas que limiten determinados derechos fundamentales, con las matizaciones hechas acerca del ámbito aceptable de intromisión de una y otra en el derecho fundamental, sin necesidad de acudir a la excepcionalidad constitucional que implica la declaración de un estado de alarma y siempre que esta limitación se encuentre suficientemente acotada en la correspondiente disposición legal de habilitación en cuanto a los supuestos y fines que persigue, de manera que resulte cierta y previsible, y esté justificada en la protección de otros bienes o derechos constitucionales.

TERCERO. En el ordenamiento español, las situaciones de grave riesgo contra la salud pública -y, en concreto, las epidemias ocasionadas por enfermedades infecciosas- pueden abordarse tanto con la declaración del estado de alarma por el Gobierno (y ahora también mediante la declaración del estado de excepción tras la reciente sentencia del Tribunal Constitucional) de acuerdo con el artículo 116 de la Constitución y la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, como mediante el ejercicio de las potestades ordinarias atribuidas a las autoridades sanitarias competentes por la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, y las leyes autonómicas que resulten de aplicación al ámbito territorial concernido.

Ambos órdenes de competencias no son alternativos ni excluyentes. La declaración del estado de alarma no impide que las autoridades sanitarias puedan acordar, al amparo de la legislación sanitaria estatal o autonómica, otras medidas distintas de las acordadas por el Gobierno en dicha declaración.

Avala esta interpretación que el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/1981, para los estados de alarma declarados con ocasión de una crisis sanitaria, permita a la autoridad competente adoptar, por sí, además de las medidas previstas en los artículos anteriores (las específicas del estado de alarma), las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas. De su contenido se deriva con claridad que, sin perjuicio de las medidas contenidas en la declaración de un estado de alarma, las autoridades sanitarias competentes, estatales o autonómicas, pueden acordar durante la vigencia del mismo otras previstas en la legislación sanitaria; se desprende también que tales medidas han de ser compatibles con las previstas por la declaración del estado de alarma y no pueden, por tanto, contravenirlas, sin incurrir en un vicio de inconstitucionalidad.

En la Ley Orgánica 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio, hay por tanto una amplia remisión, a modo de cláusula de cierre, a lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1986 de Medidas Especiales de Salud Pública y resto de legislación sanitaria ordinaria.

En consonancia con lo anterior, el preámbulo del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el segundo estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, señalaba que «durante la vigencia del estado de alarma, las administraciones sanitarias competentes en salud pública, en lo no previsto en esta norma, deberán continuar adoptando las medidas necesarias para afrontar la situación de emergencia de salud pública ocasionada por la covid-19, con arreglo a la legislación sanitaria, en particular, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, así como en la normativa autonómica correspondiente».

CUARTO. En un contexto de grave crisis sanitaria, como el que acaece desde hace más de un año y medio a causa de la pandemia de covid-19, el marco ordinario de referencia legal lo constituyen las ya citadas Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, Ley 14/1986, General de Sanidad, y Ley 33/2011, General de Salud Pública, así como las leyes de salud pública de las comunidades autónomas.

Al amparo de estas leyes, las autoridades sanitarias autonómicas, tras la finalización del primer estado de alarma, han ido acordando medidas de prevención y control de la pandemia de covid-19, en función de la correspondiente situación epidemiológica en sus territorios, sus características específicas y sus concretas necesidades, al amparo del marco legal antes referido. Algunas de las medidas implican limitaciones de derechos fundamentales, como el derecho de reunión o el de libre circulación, entre otros, con un alcance general en cuanto vinculan al conjunto de la población de un territorio determinado. Limitaciones que, a su vez, persiguen la protección de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos. La limitación del derecho de reunión y la libre circulación o de la intimidad y o de la autonomía personal vendría así motivada por la protección de los derechos a la salud, la vida y la integridad física, y por la protección de la salud pública (artículos 15 y 43 CE) en un contexto de grave riesgo para la salud pública, como lo es la pandemia de covid-19 y la emergencia sanitaria que ha provocado, con el fin de prevenirla y controlarla, mediante la reducción del riesgo de contagio de esta enfermedad infecciosa.

Las medidas adoptadas no tienen por finalidad privar de la titularidad del derecho, suprimirlo, negar su existencia o modificar su contenido, sino modificar durante un tiempo delimitado y en unas circunstancias determinadas algunas condiciones de su ejercicio o algunos contenidos, de la forma mínima posible, proporcionada y adecuada al fin

buscado. Dado que no se limita frontalmente el contenido del derecho sino que se limita provisionalmente su ejercicio, las habilitaciones contenidas en la Ley 14/1986, General de Sanidad, y en la Ley 33/2011, General de Salud Pública, podrían resultar suficientes, si bien a la vista del alcance de la limitación respecto al conjunto de destinatarios y en ocasiones su intensidad y duración en el tiempo, a veces prolongada y dependiente de la evolución epidemiológica, puede ser necesaria, de conformidad con la jurisprudencia constitucional antes citada, una habilitación prevista en ley orgánica.

Ya ha quedado razonado, en el fundamento jurídico primero, que una ley orgánica puede prever y permitir que las autoridades sanitarias autonómicas, en ejercicio de sus competencias ejecutivas, adopten medidas limitativas de derechos fundamentales con alcance general, es decir dirigidas a un grupo amplio de personas no individualizado, al conjunto de la población de un municipio, comarca o comunidad autónoma, en una situación concreta de grave riesgo para la salud pública, como lo es la pandemia de covid-19 y la emergencia sanitaria que ha provocado, con el fin de garantizar el control de brotes epidemiológicos y el riesgo de contagio.

Eso es lo que precisamente hace el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, que, con el rango de ley orgánica, se corresponde con el presupuesto legal habilitante que exige la Constitución.

Dispone este precepto legal que «Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria (tanto el Estado como a las comunidades autónomas), en el ámbito de sus respectivas competencias, 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».

El segundo inciso del artículo, «así como las medidas que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible», no limita ni restringe el tipo de medidas que pueden adoptar las autoridades autonómicas sanitarias para controlar el riesgo de una enfermedad transmisible. Pueden adoptar las medidas, tanto individualizadas como de alcance general en un determinado ámbito, que se consideren necesarias a tal fin, incluidas las que limiten derechos fundamentales, siempre que sean proporcionadas.

Si las medidas no pudieran ser de alcance general, dirigidas a un conjunto de población en un determinado ámbito, el segundo inciso resultaría redundante y carecería de sentido. No debe interpretarse una cláusula legal en un sentido que le priva de efecto. Ha de presumirse que el legislador, al añadir este segundo inciso al artículo 3, pretendía regular la posibilidad adicional de adopción de medidas que afectarían a personas

distintas de «los enfermos, las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y a las situadas en el medio ambiente inmediato» mencionados en el primer inciso. Por otra parte, nada hay en el tenor literal del artículo que permita distinguir en función del número de afectados. Si la ley no distingue no cabe una interpretación que sí haga distinciones.

Adviértase que, en situaciones de graves crisis sanitarias, para las que está pensado el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, surgen problemas imprevistos e imprevisibles, que el legislador no puede anticipar ni regular con detalle, pero a los que hay que dar una respuesta pública inmediata y, probablemente, drástica. Dado que resulta prácticamente imposible conocer de antemano cuál será la situación excepcional que acaezca y predeterminar los medios necesarios para enfrentarla, es razonable pensar que el legislador ha querido conferir una habilitación genérica, unos muy amplios poderes a la Administración, con un también amplio margen de apreciación, para las circunstancias de esta naturaleza, en las que están en juego los derechos a la vida e integridad física en íntima conexión con el derecho a la salud. De esta forma, confiere a las autoridades administrativas la flexibilidad precisa para dar una respuesta apropiada a estas situaciones graves.

La necesidad de reaccionar de forma apropiada y a tiempo justifica esta habilitación legal, formulada en términos tan amplios, en el inciso final del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986. Se trata de una habilitación genérica recogida en una ley orgánica que abarca limitaciones provisionales de derechos para un conjunto amplio de personas o la población en general a través de todas las medidas que puedan reputarse necesarias para el control de una enfermedad transmisible cuando concurren razones sanitarias de urgencia y necesidad (artículo 1 de la Ley Orgánica 3/1986).

La falta de concreción legal del contenido de las actuaciones habrá de ser suplida por la explícita motivación de las resoluciones que se adopten, de forma que se justifique su proporcionalidad y adecuación a los hechos.

Las disposiciones administrativas mediante las que se aprueban las medidas de salud pública restrictivas de derechos fundamentales no pueden eludir en sus preámbulos un razonamiento que explique suficientemente que su adopción contribuye a mejorar la situación sanitaria con el conocimiento científico disponible y en el concreto ámbito geográfico en el que se imponen, así como el resto de consideraciones que permitan verificar que no se ha incurrido en excesos a la hora de limitar los derechos.

También deben incluir una justificación suficiente de su imperiosa necesidad, pues la jurisdicción contencioso-administrativa anula las disposiciones restrictivas de derechos cuando en su propio texto no justifican suficientemente su necesidad, sin que sea admisible aportar una justificación con ocasión del ulterior proceso que las enjuicie.

En definitiva, estas normas administrativas han de hacer un esfuerzo de motivación que permita a los tribunales de justicia llevar a cabo el juicio de su necesidad, idoneidad y proporcionalidad. La omisión de justificación, la justificación insuficiente, o la desproporcionalidad de las medidas respecto de la justificación expuesta, conducirían a su no ratificación o posterior anulación.

El Defensor del Pueblo considera, a la luz de los argumentos expuestos, que una interpretación tanto literal como teleológica del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, ampara la posibilidad de que las administraciones competentes adopten, en un contexto de emergencia sanitaria, medidas para proteger la salud de los ciudadanos y evitar la propagación de la epidemia que limiten de manera provisional derechos con alcance general al conjunto de población de un ámbito, en general territorial, determinado. Tal es la previsión del último inciso de dicho precepto.

Debe insistirse, además, en que las medidas previstas en el precepto dan respuesta a un conflicto entre derechos fundamentales: aquellos que se limitan, de los que se deriva para las autoridades competentes la obligación negativa de respetarlos; y los derechos a la vida y a la integridad física, que imponen a esas mismas autoridades la obligación positiva de protegerlos. Y no hay razón para resolver ese conflicto escogiendo la interpretación más favorable a los primeros y más perjudicial para los segundos.

En complemento de la Ley Orgánica 3/1986, el artículo 26 de la Ley General de Sanidad, prevé la posibilidad de que las autoridades sanitarias puedan adoptar las medidas preventivas que consideren pertinentes cuando exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud. La duración de dichas medidas se fijará para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, y no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó.

La Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, por su parte, establece en el artículo 54.1 que, «sin perjuicio de las medidas previstas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, con carácter excepcional, y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la Administración General del Estado y las de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ámbito de sus competencias respectivas, podrán adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley».

Hay que subrayar que, como garantía adicional, aquellas medidas adoptadas por la Administración sanitaria que limiten con alcance general derechos fundamentales conforme a la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, requieren de ratificación judicial. Por el contrario, la declaración de estado de alarma está

excluida del control jurisdiccional ordinario dado su rango de ley (STC 83/2016, de 28 de abril de 2016).

Los artículos 10.8 y 11.1. i) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, tras la reforma operada por la Ley 3/2020 de 18 de septiembre, prevén que las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional conozcan de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria, que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal o la estatal, respectivamente, consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente. El artículo 122 quater dispone que la tramitación de estas ratificaciones tendrá siempre carácter preferente y deberá resolverse en un plazo máximo de tres días naturales y que en ella será parte el ministerio fiscal. Las decisiones judiciales recaídas en estos procesos son ahora susceptibles de recurso de casación ante el Tribunal Supremo, tras la reciente reforma legal llevada a cabo por el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, que busca así la unificación de la doctrina.

En suma, el Defensor del Pueblo estima constitucional que las autoridades sanitarias autonómicas, en un contexto de emergencia sanitaria y dentro del marco legal descrito, en especial al amparo del artículo 3 de la Ley Orgánica de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, adopten medidas de protección de la salud pública, en ejercicio de sus competencias ejecutivas, que supongan limitaciones temporales de derechos fundamentales con alcance general, siempre que justifiquen adecuadamente, en cualquier caso, su necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

Así lo ha mantenido desde el verano de 2020 en las quejas tramitadas y en la resolución de las solicitudes de recursos de inconstitucionalidad planteados en conexión con esta cuestión, tal y como recoge el informe anual 2020 elevado a las Cortes Generales. Así lo ha recogido también la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo en sus sentencias 720/2021 de 24 de mayo, y 788/2021, de 3 de junio.

QUINTO. Las medidas contempladas en los artículos 49 bis, apartados 2 y 3, y 49 quater del Decreto-ley 5/2021, de 7 de mayo, cuya constitucionalidad se cuestiona por los solicitantes del recurso, no son diferentes de las que las autoridades autonómicas han venido adoptando, en ejercicio de sus competencias ejecutivas y bajo el control judicial, al amparo de la Ley Orgánica 3/1986, la Ley 14/1986, General de Sanidad, y la Ley 33/2011, General de Salud Pública.

La reforma legal autonómica de las Illes Balears concreta las medidas susceptibles de ser adoptadas por la autoridad sanitaria competente en situaciones de grave riesgo para la salud pública (en especial, para hacer frente a enfermedades de

carácter transmisible) y la regulación de los requisitos y el procedimiento exigibles para su adopción.

A la hora de dilucidar si tal concreción se ha realizado dentro del marco previsto en la Constitución, el Estatuto de Autonomía y la legislación sanitaria orgánica y ordinaria básica de aplicación, puede interpretarse que el régimen jurídico establecido por el Decreto-ley 5/2021 no constituye un desarrollo frontal ni comporta restricciones que supongan una limitación esencial de los derechos fundamentales que se ven afectados, sino que comporta únicamente la previsión de la posibilidad de modulaciones provisionales y limitadas de su ejercicio en circunstancias muy determinadas, razón por la que no entraría en juego la reserva de ley orgánica.

Una eventual medida que resultara especialmente gravosa, por su intensidad y el grado de afectación al contenido de algún derecho fundamental o su prolongación en el tiempo, que fuera adoptada en aplicación de la Ley 16/2010, reformada por el Decreto-ley 5/2021, quedaría, a juicio de esta institución, precisamente cubierta por la Ley Orgánica 3/1986, sin que en estos aspectos se aprecie un desarrollo de esa norma orgánica por la ley autonómica, sino en todo caso su constreñimiento por concreción. En una materia, la salud pública, en la que es competente la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, en virtud de lo establecido en el artículo 149.1.16.^a y su Estatuto de Autonomía, la ley constituiría una concreción legítima de lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, y en el resto de leyes estatales referidas, Ley 14/1986, General de Sanidad, y la Ley 33/2011, General de Salud Pública, susceptible, por ello, en los términos que se acaban de precisar, de desarrollo por el legislador autonómico.

Resulta determinante, a juicio del Defensor del Pueblo, el hecho de que el apartado 2 del artículo 49 bis de la Ley 16/2010, de 28 de diciembre, de Salud Pública de las Illes Balears, sea idéntico al artículo segundo de la Ley Orgánica 3/1986 a la que alude expresamente, así como que su apartado 3 y el artículo 49 quater no amplían los poderes ya otorgados en la Ley Orgánica 3/1986 a la autoridad sanitaria autonómica para limitar los derechos fundamentales, sino que, por el contrario, los reducen, los constriñen, al someter el poder genérico que, con amplia discrecionalidad, confiere el artículo tercero de dicha norma orgánica («las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible») a ciertas reglas sustantivas y de procedimiento, reforzando así las garantías y la seguridad jurídica.

De esta manera, la reformada Ley 16/2010, de Salud Pública de las Illes Balears, especifica las medidas a adoptar y estipula que su adopción requiere la emisión de un informe por parte de la Dirección General de Salud Pública que acredite la situación de riesgo de contagio, la situación de control de la pandemia o la epidemia, la suficiencia de las medidas, y la propuesta de las medidas que se deben adoptar; que las medidas se

adecuarán a las exigencias del principio de proporcionalidad, las cuales se desarrollan; que en la motivación de las medidas se debe justificar de forma expresa su proporcionalidad; que se establecerán teniendo en cuenta siempre la menor afectación a los derechos de las personas; que no se pueden ordenar medidas obligatorias que comporten riesgo para la vida; que se procurará siempre y con preferencia la colaboración voluntaria; que las medidas serán siempre temporales e indicarán su duración (en principio no superior a quince días, excepto que se justifique la necesidad de establecer un plazo superior), sin que puedan exceder de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó, y sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas mediante resoluciones motivadas; que tienen que ser objeto de publicación en el Boletín Oficial de las Illes Balears si afectan a una pluralidad indeterminada de personas; que se tiene que dar audiencia con carácter previo a la adopción de la medida, siempre que esto sea posible, si la medida afecta a una o varias personas determinadas; que las medidas requerirán la necesaria garantía judicial con arreglo a lo dispuesto en la legislación procesal aplicable.

En lo que se refiere, en particular, a las medidas preventivas relativas al sometimiento de las personas a reconocimiento médico, pruebas diagnósticas, tratamiento, hospitalización y medidas profilácticas de prevención de la enfermedad, incluida la posibilidad de vacunación o inmunización de determinados colectivos, hay que recordar lo establecido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Esta ley sanitaria, de carácter básico, pivota alrededor del principio de que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado (artículo 8.1), si bien reconoce expresamente como uno de los límites al mismo la existencia de riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas de conformidad con la Ley Orgánica 3/1986. Su artículo 9.2 a) dispone literalmente que «los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento [...] cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas».

Tal y como se ha razonado en el fundamento anterior, el artículo segundo de la Ley Orgánica 3/1986 apodera a las autoridades sanitarias competentes para adoptar «medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la

población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad». Además, en virtud de su artículo tercero, las autoridades sanitarias, pueden adoptar las medidas que se consideren necesarias para evitar el riesgo de contagio de una enfermedad transmisible y controlar esta cuando lo exijan razones sanitarias y de salud pública de urgencia o necesidad.

De todo ello se concluye que, si bien la actual legislación en España no prevé la obligación general de vacunarse frente a ninguna enfermedad, el marco jurídico descrito permitía ya, mucho antes de la aprobación de la reforma de la Ley de Salud Pública de las Illes Balears, que la autoridad sanitaria (en este caso autonómica) estableciera la vacunación obligatoria para un grupo de personas, con el fin de evitar el riesgo de transmisión de una enfermedad infecciosa, siempre que se estuviera ante una situación sanitaria de urgencia, con grave riesgo para la salud pública y los derechos a la vida, la integridad física y la salud de los demás, y se justificara que tal vacunación resultaba una medida necesaria, idónea y proporcionada a fin de evitar los contagios y salvaguardar los otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos. Todo ello con el debido respeto a la legislación y coordinación estatales y la necesaria ratificación judicial. No se olvide en este punto que, tanto antes como después de la reforma legal autonómica que se examina, aquellas medidas adoptadas por la Administración sanitaria que puedan implicar restricción de la libertad o de otro derecho fundamental requieren de ratificación judicial. El Decreto-ley 5/2021 que reforma la Ley 16/2010, de Salud Pública de las Illes Balears no ha añadido en este aspecto nada distinto a las habilitaciones y apoderamientos a las autoridades sanitarias autonómicas que ya estaban establecidas en el marco jurídico estatal previo.

Se trae a colación, a modo de ejemplo, que en las Illes Balears está vigente la obligación impuesta a los profesionales del tatuaje (micropigmentación estética) de vacunarse contra el tétanos y la hepatitis B, regulada en el artículo 11 a) del Decreto de Illes Balears 43/2003, de 2 de mayo. La obligación impuesta en el citado Decreto autonómico hace referencia al riesgo potencial de transmisión de enfermedades a través de la sangre asociado a estas prácticas, y al fin de minimizar estos riesgos, y también alude al artículo 43 de la Constitución que reconoce el derecho de todos los ciudadanos a la protección de la salud y la competencia de los poderes públicos para organizar y tutelar la salud pública, así como a los artículos 6.1, 18.5 y 25.2, de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, entre otros, que establecen que las administraciones públicas sanitarias han de velar y garantizar la protección de la salud de todos los ciudadanos, regulando en su artículo 24 la intervención de los órganos competentes en las actividades públicas o privadas, que directa o indirectamente, puedan tener consecuencias negativas para la salud. Previsiones de la Ley General de Sanidad, completadas hoy en día por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública,

en cuanto a las posibilidades de intervención preventiva por parte de las autoridades sanitarias para aquellas actividades públicas o privadas que puedan entrañar, directa o indirectamente, consecuencias negativas para la salud.

Otro ejemplo de la aplicación del marco jurídico más arriba descrito sucedió en 2010 en un barrio de Granada donde se produjo un brote de sarampión. Al fomentar la vacunación urgente, la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía constató que había niños cuyos padres se negaban a vacunarlos. Por ello, era previsible que el virus del sarampión siguiese circulando en la comunidad y no fuera posible evitar que se contagiasen tanto los niños muy pequeños que no tenían edad para ser vacunados como los enfermos con inmunodepresión que no se podían vacunar. Es decir, se precisaba la vacunación general para proteger a los más frágiles, en un brote que al final afectó a casi 300 personas. La Consejería de Sanidad de la Junta de Andalucía solicitó al juez la vacunación obligatoria de los menores cuyos padres no querían inocularla a sus hijos, lo que el juez autorizó tras sustentar su decisión en la Ley Orgánica 3/1986 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre límites a derechos fundamentales, al considerar que perseguía «un fin constitucionalmente legítimo; que su adopción se encuentra amparada por una norma de rango legal; y que existe proporcionalidad de la medida de manera que es idónea y necesaria a los fines constitucionalmente legítimos que se pretenden, sin implicar un sacrificio desmedido» (Auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 5 de Granada, del 24 de noviembre de 2010).

SEXTO. Siguiendo los argumentos expuestos en los fundamentos anteriores, el contenido de las medidas del nuevo artículo 49 bis.1 de la Ley 16/2010, de 28 de diciembre, de Salud Pública de las Illes Balears, no constituye materia reservada a ley orgánica, teniendo en cuenta su naturaleza y alcance así como la interpretación restrictiva de la expresión «desarrollo de derechos fundamentales y libertades públicas» del artículo 81 de la Constitución que ha realizado el Tribunal Constitucional, en el sentido de que, para que proceda una ley orgánica, debe tratarse de un desarrollo «directo», es decir, «global o en alguno de sus aspectos esenciales», de alguno de los derechos y libertades contemplados en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I de la Constitución -artículos 14 a 29- (Sentencia 76/1983, de 5 de agosto, y otras posteriores).

Las únicas medidas del artículo 49 bis.1 de la Ley 16/2010 que podrían tener alguna incidencia en alguno de los derechos contemplados en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I de la Constitución son el uso de medidas de protección como mascarillas (letra i), y la obligación de suministro de datos (letra k).

Ambas se refieren únicamente a modulaciones en el ejercicio del derecho afectado de forma clara. Ni su intensidad ni su grado de afectación al contenido del derecho ni su alcance parecen exigir reserva de ley orgánica. De esta forma, no parece que el rango ordinario del decreto-ley cuestionado resulte insuficiente para regular tales

medidas. Para estas eventuales limitaciones de derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 53.1 de la Constitución, basta con una ley ordinaria que puede ser autonómica. Sucede, además, que ya fueron impuestas, con carácter obligatorio y para el caso concreto de la pandemia actual, por el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la covid-19 (artículos 6 y 26), actual Ley 2/2021, de 29 de marzo.

La obligación de prestación de servicios personales (letra l), a la que aluden algunos de los solicitantes del recurso, respeta la reserva de ley prevista en el artículo 31.3 de la Constitución, ya que se trata de una reserva de ley ordinaria al situarse en la Sección 2.^a del Capítulo II del Título I de la Constitución. Hay que añadir que es una obligación también ya prevista en leyes estatales sanitarias.

El resto de medidas contempladas en el artículo 49 bis.1 de la Ley 16/2010 de Salud Pública de Illes Balears también engarzan con la regulación estatal, fundamentalmente contenida en el artículo 26 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, y en el artículo 54 de la Ley 33/2011, General de Salud Pública.

En nuestro ordenamiento, en sanidad, las normas básicas son las normas y principios generales adoptados por el legislador estatal conforme al artículo 149.1.16.^a de la Constitución, que informan y ordenan esta materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional. Este marco se concreta en la exigencia de que exista un sistema normativo sanitario nacional «con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, eso sí, sin perjuicio de las normas que sobre la materia puedan dictar las comunidades autónomas en virtud de sus respectivas competencias» (SSTC 61/1997, FJ 7; 173/1998, FJ 9; 188/2001, FJ 12; 37/2002, FJ 12; 152/2003, FJ 3, y STC 22/2012, FJ 3, entre otras).

No hay duda, por tanto, de que las comunidades autónomas ostentan competencias de «desarrollo legislativo» y «ejecución» de la legislación sanitaria básica del Estado, de acuerdo con lo previsto en sus respectivos Estatutos. De ahí que las medidas de salud pública susceptibles de adopción por parte de las comunidades autónomas no solo sean las establecidas por las leyes sanitarias estatales mencionadas, sino también las previstas, respetando el orden constitucional de distribución de competencias, en las leyes y disposiciones administrativas autonómicas aplicables

Las medidas que contempla el artículo 49 bis.1 de la Ley 16/2010 modificada, del apartado a) al apartado m), salvo los apartados i), k) y l), son en unos casos idénticas a las establecidas en las leyes estatales y en otros se amparan en la cláusula residual prevista en ellas. De ahí que, a juicio de esta institución, la ley autonómica esté

ejerciendo, legítima y válidamente, las competencias autonómicas de desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado.

SÉPTIMO. Las previsiones contenidas en el nuevo artículo 49 quater, introducido en la Ley 16/2010, de 28 de diciembre, por el Decreto-ley 5/2021, de 7 de mayo, tampoco resultan contrarias a lo dispuesto en la legislación estatal de referencia.

Dado que la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, guarda silencio en este punto, no puede decirse que el artículo 49 quater de la Ley Balear 16/2010 contradiga en nada esta norma.

Por lo demás, las reglas contenidas respecto a la forma de adopción de medidas preventivas en el resto de leyes estatales que constituyen el marco de referencia, son muy escuetas.

Establece el artículo 26.2 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, que «La duración de las medidas a que se refiere el apartado anterior, que se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó».

Su artículo 28 recoge los principios que deben atender todas las medidas preventivas, literalmente:

- a) Preferencia de la colaboración voluntaria con las autoridades sanitarias.
- b) No se podrán ordenar medidas obligatorias que conlleven riesgo para la vida.
- c) Las limitaciones sanitarias deberán ser proporcionadas a los fines que en cada caso se persigan.
- d) Se deberán utilizar las medidas que menos perjudiquen al principio de libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de empresa y cualesquiera otros derechos afectados».

El artículo 54.3 de la Ley 33/2011, General de Salud Pública, en fin, señala que «Las medidas se adoptarán previa audiencia de los interesados, salvo en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población y su duración no excederá del tiempo exigido por la situación de riesgo que las motivó. Los gastos derivados de la adopción de medidas cautelares contempladas en el presente artículo correrán a cargo de la persona o empresa responsable. Las medidas que se adopten deberán, en todo caso, respetar el principio de proporcionalidad».

Con la simple lectura de las normas estatales y del nuevo artículo 49 quater de la Ley 16/2010, de 28 de diciembre, de Salud Pública de las Illes Balears, se aprecia fácilmente que la regulación contenida en las leyes estatales ha sido respetada al regular

el procedimiento y los requisitos para la adopción de medidas preventivas en materia de salud pública en el archipiélago Balear. Ha de subrayarse otra vez que extrema las exigencias a las autoridades sanitarias autonómicas de proporcionalidad, temporabilidad y justificación. También debe recordarse que los apartados 3 y 4 del artículo 49 bis, en lo que se refiere a la eventual adopción de medidas limitativas de derechos fundamentales y libertades públicas, insisten en las exigencias del principio de proporcionalidad y recuerdan la exigencia de una garantía judicial en estos casos.

Adviértase que las Illes Balears siempre puede adoptar, en ejercicio de sus competencias ejecutivas y en situaciones de grave riesgo para la salud pública, medidas limitativas de derechos fundamentales con fundamento en la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, la Ley 14/1986, General de Sanidad y la Ley 33/2011, General de Salud Pública, tal y como se ha razonado en el fundamento jurídico tercero.

Siendo así, considera el Defensor del Pueblo que la regulación de un procedimiento para la adopción de estas medidas está justificada y, dado que respeta los principios establecidos en la legislación estatal de carácter básico, no es contraria al marco constitucional.

RESOLUCIÓN

De acuerdo con lo razonado, el Defensor del Pueblo (e.f.), oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, previa la oportuna deliberación y con pleno respeto a cualquier opinión discrepante, resuelve no interponer el recurso de inconstitucionalidad solicitado contra el Decreto-ley 5/2021, de 7 de mayo, por el que se modifican la Ley 16/2010, de 28 de diciembre, de Salud Pública de las Illes Balears, y el Decreto-ley 11/2020, de 10 de julio, por el que se establece un régimen sancionador específico para hacer frente a los incumplimientos de las disposiciones dictadas para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la covid-19.

Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales de canarias

Desde el 21 de junio de 2021 han comparecido ante esta institución doce ciudadanas solicitando la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales. La interesada y siete ciudadanas más solicitan la interposición de un recurso de inconstitucionalidad de manera genérica contra toda la norma, sin citar el precepto constitucional que consideran infringido, argumentando que “atenta gravemente contra los derechos de las mujeres”. Cuatro ciudadanas más concretan sus rasgos de inconstitucionalidad en los siguientes motivos:

- A) Infracción de los artículos 9, 14 y 15 de la Constitución española (en adelante, CE).
- B) Sobre la infracción del artículo 9 CE argumenta que la Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales quiebra el principio de legalidad ya que deja sin efecto la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Afirma que esta norma, que pretende blindar el derecho a la vida y a la integridad física de las mujeres, queda en una situación de imposible aplicación tras la entrada en vigor de la citada ley 2/2021. Argumenta que, en tanto ley ordinaria y autonómica no puede contradecir o ser el motivo que justifica la inaplicación de una ley orgánica.
- C) Sobre la infracción del art. 14 CE se argumenta que la Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales atenta contra el mismo, aludiendo a un caso concreto: “He visto consternada como un peligroso agresor de mujeres, solo con su mera voluntad y sin que nada pueda impedirselo se ha auto identificado mujer, constituyendo esto un grave insulto a la víctima y un grave peligro para la comunidad de presas en las cárceles españolas, ya que dicho agresor, amparándose en la nueva Ley Trans tendrá derecho a cumplir su condena (caso de que la hubiera) en una cárcel para mujeres, hecho que me parece execrable”.

D) Sobre la infracción del artículo 15 CE considera que la citada Ley 2/2021, “desdibuja la categoría sexo, pudiendo ser cualquiera hombre o mujer únicamente basándonos en la expresión de su voluntad y sin mayor requerimiento que dicha expresión”. Continúa argumentando que, de la anterior consideración se derivarían dos efectos: “La LO 1/2004 queda sin objeto (artículo 1.1), puesto que las categorías hombre y mujer dejan de ser una realidad empírica y constatable para formar parte de la esfera íntima de las personas; La finalidad perseguida mediante la implementación de las medidas previstas en la LO 1/2004 que, según el artículo 1.2 es la de “prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a su tutela [...]” deja de existir en el momento en que las mujeres, como sujeto protegido, puede ser eventualmente cualquier persona del sexo femenino o masculino, indistintamente”.

A la vista de las alegaciones formuladas, se ha adoptado la resolución que luego se dirá, atendiendo a los siguientes

FUNDAMENTOS

PRIMERO. Resulta preciso en primer lugar recordar que la búsqueda de la interpretación del precepto más acorde a la Constitución, es una obligación de todos los poderes públicos con carácter previo a la interposición de un proceso constitucional (STC 108/1986). Será pues necesario explorar las posibilidades interpretativas de los preceptos cuestionados ya que, si hubiera alguna que permitiera salvar la primacía de la Constitución, más concretamente, la integridad del derecho a la tutela judicial efectiva, resultaría procedente un pronunciamiento interpretativo de acuerdo con las exigencias del principio de conservación de la Ley (STC 341/1993). La vinculación de todos los poderes públicos a la interpretación más favorable a los derechos fundamentales viene recogida en la conocida doctrina establecida, además, por las STC 112/1989 y 117/1987.

SEGUNDO. Pues bien, analizadas las doce solicitudes de recurso de inconstitucionalidad presentadas ante el Defensor del Pueblo, se comprueba que no se alega la inconstitucionalidad de preceptos concretos de la misma. Por el contrario, se realizan alegaciones genéricas sobre la inconstitucionalidad de la norma completa.

TERCERO. Por lo que se refiere al derecho a la igualdad por la ampliación de cobertura subjetiva de protección, lo que viene a invocarse es una suerte de “discriminación por indiferenciación” entendida como la prohibición de otorgar un tratamiento igual a situaciones que son diferentes ante la ley. El Tribunal Constitucional

ha establecido que la “discriminación por indiferenciación” no puede situarse en el ámbito de protección del artículo 14 CE, porque lo que éste impide es la distinción infundada o discriminatoria (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3).

En la STC 198/2012, de 6 de noviembre sobre matrimonio igualitario, los recurrentes planteaban, de forma similar a lo que argumenta ahora, que la ampliación de ese tipo de matrimonio lo era en detrimento de las parejas heterosexuales. La argumentación utilizada por el alto tribunal para desestimar la pretensión de inconstitucionalidad es, a juicio del Defensor del Pueblo, de aplicación en esta ocasión.

Se alegaba entonces que la vulneración del principio de igualdad se producía por la equiparación de derechos entre parejas del mismo sexo y parejas de distinto sexo y se alegaba que tal equiparación era contraria a los artículos 1.1, 9.2 y 14 CE, y a la interpretación que de estos preceptos había realizado antes ese momento el Tribunal Constitucional, puesto que no tendría en cuenta que el matrimonio y las parejas del mismo sexo son realidades distintas que deben ser tratadas de un modo diferente.

Pues bien, en su fundamento jurídico tercero, la citada STC 198/2012 rechaza esta pretensión en aplicación de la doctrina sostenida sobre la “discriminación por indiferenciación” El Tribunal Constitucional ha establecido reiteradamente que el artículo 14 CE no consagra un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual (por todas, STC 117/2006, de 24 de abril, FJ 2).

Sin embargo, sí que ha reconocido que “cuestión distinta es que los poderes públicos, en cumplimiento del mandato del artículo 9.2 CE, puedan adoptar medidas de trato diferenciado de ciertos colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimos, promoviendo las condiciones que posibiliten que la igualdad de los miembros que se integran en dichos colectivos sean reales y efectivas o removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud” (STC 69/2007, de 16 de abril, FJ 4). Por tanto, habiendo dicho ya que el principio de igualdad no puede fundamentar un reproche de discriminación por indiferenciación (por todas, STC 30/2008, de 25 de febrero, FJ 7) y no pudiendo por tanto censurar lo que en la STC 135/1992, de 5 de octubre, denominamos “desigualdad por exceso de igualdad” (FJ 9), no resulta posible censurar la ley desde la perspectiva del principio de igualdad por abrir la institución matrimonial a una realidad —las parejas del mismo sexo— que presenta características específicas respecto de las parejas heterosexuales”.

Por lo anterior, de conformidad con la doctrina constitucional que se acaba de exponer, no se puede considerar que la Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y

no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales vulnere el derecho fundamental recogido en el artículo 14 CE.

CUARTO. Por lo que se refiere a las situaciones de peligro o desprotección que, en concreto, puedan derivarse de personas de sexo masculino autoidentificadas como mujeres al margen de cualquier consideración médica o profesional, parecen querer identificarse con situaciones en las que esa autoidentificación se produzca de manera fraudulenta, para evitar situaciones de impunidad o para provocar situaciones de intromisión en espacios de seguridad.

Pues bien, analizada en estos términos, la cuestión que se plantea en realidad no es un reproche abstracto a la norma sino a situaciones en las que una persona concreta pueda usarla en fraude de ley. En tal caso, la reparación de esas situaciones tendrá como vía su impugnación en la vía judicial ordinaria o, en su caso, en la vía de amparo constitucional.

RESOLUCIÓN

Por cuanto antecede, previo informe de la Junta de Coordinación y Régimen Interior, según prevé el artículo 18.1.b) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de esta Institución, he resuelto no interponer recurso de inconstitucionalidad solicitado contra la Ley 2/2021, de 7 de junio, de igualdad social y no discriminación por razón de identidad de género, expresión de género y características sexuales.

Ley 2/2021, de 24 de junio, de medidas para la gestión de la pandemia de covid-19 del País Vasco

Varias personas pidieron que el Defensor del Pueblo interpusiera un recurso contra la Ley 2/2021, de 24 de junio, de medidas para la gestión de la pandemia de covid-19, del País Vasco, por vulnerar la reserva de ley orgánica del artículo 81 de la Constitución y las competencias exclusivas estatales en materia de sanidad, previstas en el artículo 149.1.16ª de la norma fundamental. En esta ocasión no se citaban los concretos preceptos de la ley objeto de impugnación.

La resolución por la que el Defensor del Pueblo decidió no interponer el recurso de inconstitucionalidad solicitado alude, entre otros aspectos, a la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional que ha fijado cuándo la imposición de límites a un derecho fundamental cae en la reserva de ley orgánica (artículo 81.1 CE) y cuándo se puede considerar una regulación del ejercicio del derecho (artículo 53.1 CE) no reservado a aquella forma legal. Los límites legales pueden ser bien restricciones directas del derecho fundamental mismo, bien restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental, límites estos últimos que afectan solo a las condiciones de ejercicio de los derechos, sin modificar sus elementos ni su estructura (sujetos titulares, objeto, contenido). Modifican únicamente las condiciones accidentales o circunstanciales en que se ejercen o se realizan.

ANTECEDENTES

PRIMERO. Las personas comparecientes solicitan la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 2/2021, de 24 de junio, de medidas para la gestión de la pandemia de covid-19, del País Vasco, publicada en el Boletín Oficial del País Vasco número 128, de 30 de junio de 2021.

La ley se estructura en seis títulos, que incorporan, respectivamente, las disposiciones generales, la regulación de la situación de emergencia sanitaria, la ordenación de las organizaciones y sistemas públicos de protección, el sistema integral de información de salud para la gestión de la emergencia sanitaria, las medidas generales y específicas para cada uno de los cinco niveles de alerta y el régimen sancionador. La ley contiene también tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria y una disposición final.

SEGUNDO. Sostienen los solicitantes que la Ley 2/2021, de 24 de junio, del País Vasco vulnera la reserva de ley orgánica en tanto faculta a las autoridades sanitarias

autonómicas, en situaciones de emergencia sanitaria por covid-19 y en función del nivel de alerta declarado, para la adopción de medidas que limitan los derechos fundamentales a la integridad física, la intimidad, la libertad de circulación y el derecho de reunión, consagrados en los artículos 15, 17, 18 , 19 y 21 de la Constitución, habilitación que a su juicio está sujeta a reserva de ley orgánica, de conformidad con el artículo 81 de la Constitución.

Afirman también, sin mayor desarrollo argumental, que la normativa autonómica vulnera las competencias exclusivas estatales previstas en el artículo 149.1.16.ª de la Constitución ("bases y coordinación general de la sanidad").

Por último, afirman que con el fallo del Tribunal Constitucional respecto a la modificación de la Ley de Salud de Galicia, hay un precedente de inconstitucionalidad de la Ley 2/2021 del País Vasco.

Los comparecientes no especifican qué concretos preceptos de la ley estiman inconstitucionales, pero de sus escasos razonamientos se deduce que se refieren a algunos apartados del articulado de los títulos cuarto y quinto.

El título cuarto regula el sistema integral de información de salud para la gestión de la emergencia sanitaria, estableciendo determinaciones respecto a la realización de pruebas diagnósticas y vacunación, test aleatorios, cribados y rastreo de contagios y contactos, así como garantías específicas respecto a las aplicaciones informáticas y el tratamiento instrumental de datos personales.

El título quinto establece las medidas generales y específicas para cada nivel de alerta y comprende seis capítulos, dedicado el primero a la regulación de las medidas generales y de prevención general y los siguientes a los cinco niveles de alerta comprendidos en esta ley.

FUNDAMENTOS

PRIMERO. Con carácter preliminar, es preciso realizar algunas consideraciones previas. Es necesario aclarar, respecto a la analogía que encuentran los solicitantes con la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia, que incurrir en un error al afirmar que ha sido declarada inconstitucional, ya que la admisión a trámite de un recurso de inconstitucionalidad frente a una norma con rango de ley no se corresponde con una declaración de inconstitucionalidad.

En este caso, el presidente del Gobierno interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra el apartado cinco del artículo único de la Ley de Galicia 8/2021, en cuanto a la nueva redacción del artículo 38.2 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia. El 22 de abril de 2021 el Pleno del Tribunal Constitucional admitió a

trámite el recurso de inconstitucionalidad número 1975-2021, en el que se invocaba el artículo 161.2 de la Constitución, lo que produce la suspensión de la vigencia y aplicación del precepto impugnado desde la fecha de interposición del recurso, es decir desde el 6 de abril de 2021.

Tanto el letrado de la Xunta de Galicia como el letrado oficial mayor del Parlamento de Galicia formularon alegaciones contra el recurso y solicitaron el 11 de junio de 2021 el levantamiento anticipado de la suspensión del precepto legal impugnado. El 20 de julio de 2021, el Tribunal Constitucional dictó un auto por el que acordó mantener la suspensión de lo dispuesto en la medida 5ª del artículo 38.2.b) de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, en la redacción dada por el apartado cinco del artículo único de la Ley 8/2021, de 25 de febrero, y levantar la suspensión que afectaba al resto de lo dispuesto en el artículo 38.2 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia, en la redacción dada por el mismo apartado cinco del artículo único de la Ley 8/2021, ya citado.

Por tanto, cuando los comparecientes interpusieron sus solicitudes ante el Defensor del Pueblo no había todavía decisión alguna del Tribunal Constitucional relativa al fondo del recurso interpuesto por el presidente del Gobierno. A lo anterior se añade que, a finales de julio de 2021, el presidente del Gobierno y el de la Xunta de Galicia anunciaron que se retiraba el recurso de inconstitucionalidad.

Cualquiera que hubiera sido el devenir de la ley gallega, debe de advertirse que la declaración de inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley por el Tribunal Constitucional se circunscribe únicamente a esta y no afecta a otras leyes o normas con fuerza de ley.

Como última consideración previa, esta institución debe subrayar que los solicitantes expresan razonamientos semejantes y genéricos sobre una presunta afectación a los derechos fundamentales por una ley autonómica que en su opinión vulnera la Constitución. Al respecto, debe recordarse que los solicitantes de la interposición de un recurso de inconstitucionalidad han de desarrollar una argumentación suficiente que permita al Defensor del Pueblo analizar debidamente las cuestiones que se suscitan. La razón estriba en que está en juego la depuración del ordenamiento jurídico mediante la grave afirmación de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley. De ahí que no deba estimarse una pretensión que solo descansa en la mera aseveración genérica de una supuesta vulneración de los derechos fundamentales y la Constitución.

SEGUNDO. La limitación de derechos fundamentales está prevista y regulada en la Constitución. Los derechos fundamentales no son absolutos ni ilimitados. En ocasiones, pueden y deben ceder en su confrontación con otros derechos fundamentales o con

otros bienes constitucionalmente protegidos para cuya garantía puede ser necesario restringirlos. Así lo advierte el artículo 10.1 de la Constitución cuando afirma que el respeto a los derechos de los demás es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social y así se desprende de los artículos 53.1 y 81.1 y de una consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 2/1982, FJ 5, entre otras muchas).

El Tribunal Constitucional reconoció de forma temprana, en su Sentencia 140/1986, de 11 de noviembre, FJ 5, y así lo ha refrendado en múltiples ocasiones, que «el desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste en la determinación de su alcance y límites». A su vez, ha interpretado el artículo 53.1 de la Constitución de manera que resulta en un apoderamiento general al legislador ordinario para regular el ejercicio de los derechos consagrados en el Capítulo segundo del Título I.

De acuerdo con una reiterada y conocida jurisprudencia constitucional, el legislador (más precisamente, los legisladores, dada la plural potestad legislativa que la Constitución implanta) tiene varias posibilidades de intervención normativa en el campo de los derechos fundamentales: el legislador orgánico, para el desarrollo de los derechos y libertades (artículo 81.1); el legislador ordinario, para regular el ejercicio (artículo 53.1); y el legislador autonómico al que el Tribunal Constitucional ha reconocido competencia para satisfacer la reserva de ley que establece el artículo 53.1.

Es claro pues que el legislador (orgánico y ordinario -entre el que se encuentra el legislador autonómico-) puede establecer límites a los derechos fundamentales. Límites entendidos como toda acción jurídica que entrañe o haga posible una restricción de las facultades que constituyen el contenido de los derechos. Límites que pueden ser normales u ordinarios, pero que también pueden consistir en restricciones extraordinarias, temporales estas por definición.

Ahora bien, la limitación debe reunir tres presupuestos de constitucionalidad: el respeto al contenido esencial del derecho limitado (que consagra también el artículo 53.1 CE), la búsqueda de un fin constitucionalmente legítimo o la salvaguarda de un bien constitucionalmente relevante (STC 104/2000, FJ 8 y las allí citadas) y cumplir con el principio de proporcionalidad (por todas, SSTC 11/1981, FJ 5; 196/1987, FJ 6, y 292/2000, FJ 15).

Como se ha dicho ya, la limitación de los derechos fundamentales debe ser respetuosa con la reserva de ley prevista en los artículos 81.1 y 53.1 de la Constitución; reserva de ley orgánica u ordinaria según sea desarrollo directo y frontal del derecho o regulación de su ejercicio y según sea la intensidad y grado de afectación de la limitación (SSTC 11/1981, FJ 5; 140/86, FJ 5; 196/1987, FJ 6, y 292/2000, FJ 15, entre otras muchas).

El Tribunal Constitucional mantiene, desde la Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, un criterio de interpretación estricto de la reserva de ley orgánica (artículo 81.1 CE). Tanto en lo que se refiere al término «desarrollar» como a la «materia» objeto de reserva. De esta forma, la reserva de ley orgánica no significa que esta haya de agotar todos y cada uno de los aspectos relacionados con el contenido y ejercicio de los derechos fundamentales. No todo lo que afecte a los derechos fundamentales es un desarrollo directo de estos, es decir, una regulación de sus aspectos esenciales que requiera de una disposición de las Cortes emanada con forma de ley orgánica. Solo será precisa cuando se acometa un desarrollo directo -global o de sus aspectos esenciales- del ámbito subjetivo u objetivo de los derechos fundamentales (SSTC 5/1981; 6/1982; 67/1985; 140/1986; 160/1987; 132/1989, y 127/1994, entre otras). En definitiva, no se corresponde con la Constitución la afirmación de que toda limitación de un derecho fundamental ha de hacerse única y exclusivamente por ley orgánica.

Hay que tener presente, además, que la reserva de ley orgánica no implica que solo la Administración estatal pueda limitar estos derechos. Nada impide que la correspondiente ley orgánica otorgue a las autoridades de las comunidades autónomas (o incluso a las locales) el poder de restringirlos en determinadas circunstancias siempre que se respete el orden constitucional de distribución de competencias.

TERCERO. De acuerdo con lo anterior, el Tribunal Constitucional ha fijado cuándo la imposición de límites a un derecho fundamental cae en la reserva de ley orgánica (artículo 81.1 CE) y cuándo se puede considerar una regulación del ejercicio del derecho (artículo 53.1 CE) no reservado a aquella forma legal.

Los límites legales pueden ser bien restricciones directas del derecho fundamental mismo, bien restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental, límites estos últimos que afectan solo a las condiciones de ejercicio de los derechos, sin modificar sus elementos ni su estructura (sujetos titulares, objeto, contenido). Modifican únicamente las condiciones accidentales o circunstanciales en que se ejercen o se realizan.

En el primer caso, regular esos límites es una forma de desarrollo del derecho fundamental que exige la ley orgánica. En el segundo, los límites que se fijan lo son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo que puede hacer el legislador ordinario a tenor de lo dispuesto en el artículo 53.1 de la Constitución (STC 292/2000, FJ 11).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 53/2002, de 27 de febrero, FJ 13, alude también a la intensidad de la afectación al derecho fundamental al enjuiciar la constitucionalidad de una limitación de ese derecho fundamental establecida por ley

ordinaria. Las restricciones del derecho especialmente gravosas, por su intensidad y el grado de afectación a su contenido, suponen una limitación esencial del mismo y son equiparables a un tratamiento frontal o «desarrollo» del derecho, por lo que exigen ley orgánica de acuerdo con el artículo 81 de la Constitución. No así las modulaciones provisionales y limitadas a la forma en que se ejerce, en circunstancias determinadas, el derecho fundamental, para las que es suficiente la ley ordinaria.

En definitiva, el Tribunal Constitucional admite que la ley, ordinaria u orgánica, permita la adopción de medidas concretas que limiten determinados derechos fundamentales, con las matizaciones hechas acerca del ámbito aceptable de intromisión de una y otra en el derecho fundamental, sin necesidad de acudir a la excepcionalidad constitucional que implica la declaración de un estado de alarma y siempre que esta limitación se encuentre suficientemente acotada en la correspondiente disposición legal de habilitación en cuanto a los supuestos y fines que persigue, de manera que resulte cierta y previsible, y esté justificada en la protección de otros bienes o derechos constitucionales.

CUARTO. En el ordenamiento español, las situaciones de grave riesgo contra la salud pública -y, en concreto, las epidemias ocasionadas por enfermedades infecciosas- pueden abordarse tanto con la declaración del estado de alarma por el Gobierno (y ahora también mediante la declaración del estado de excepción tras la reciente sentencia del Tribunal Constitucional) de acuerdo con el artículo 116 de la Constitución y la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, como mediante el ejercicio de las potestades ordinarias atribuidas a las autoridades sanitarias competentes por la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, y las leyes autonómicas que resulten de aplicación al ámbito territorial concernido.

Ambos órdenes de competencias no son alternativos ni excluyentes. La declaración del estado de alarma no impide que las autoridades sanitarias puedan acordar, al amparo de la legislación sanitaria estatal o autonómica, otras medidas distintas de las acordadas por el Gobierno en dicha declaración.

Avala esta interpretación que el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/1981, para los estados de alarma declarados con ocasión de una crisis sanitaria, permita a la autoridad competente adoptar, por sí, además de las medidas previstas en los artículos anteriores (las específicas del estado de alarma), las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas. De su contenido se deriva con claridad que, sin perjuicio de las medidas contenidas en la declaración de un estado de alarma, las autoridades sanitarias competentes, estatales o autonómicas, pueden acordar durante la vigencia del mismo otras previstas en la legislación sanitaria; se desprende también que

tales medidas han de ser compatibles con las previstas por la declaración del estado de alarma y no pueden, por tanto, contravenirlas, sin incurrir en un vicio de inconstitucionalidad.

En la Ley Orgánica 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio, hay por tanto una amplia remisión, a modo de cláusula de cierre, a lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1986 de Medidas Especiales de Salud Pública y resto de legislación sanitaria ordinaria.

En consonancia con lo anterior, el preámbulo del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el segundo estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, señalaba que «durante la vigencia del estado de alarma, las administraciones sanitarias competentes en salud pública, en lo no previsto en esta norma, deberán continuar adoptando las medidas necesarias para afrontar la situación de emergencia de salud pública ocasionada por la covid-19, con arreglo a la legislación sanitaria, en particular, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, así como en la normativa autonómica correspondiente».

QUINTO. En un contexto de grave crisis sanitaria, como el que acaece desde hace más de un año y medio a causa de la pandemia de covid-19, el marco ordinario de referencia legal lo constituyen las ya citadas Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, Ley 14/1986, General de Sanidad, y Ley 33/2011, General de Salud Pública, así como las leyes de salud pública de las comunidades autónomas.

Al amparo de estas leyes, las autoridades sanitarias autonómicas, tras la finalización del primer estado de alarma, han ido acordando medidas de prevención y control de la pandemia de covid-19, en función de la correspondiente situación epidemiológica en cada territorio, sus características específicas y sus concretas necesidades, al amparo del marco legal antes referido. Algunas de las medidas implican limitaciones de derechos fundamentales, como el derecho de reunión o el de libre circulación, entre otros, con un alcance general en cuanto vinculan al conjunto de la población de un territorio determinado. Limitaciones que, a su vez, persiguen la protección de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos. La limitación del derecho de reunión y la libre circulación o de la intimidad y o de la autonomía personal vendría así motivada por la protección de los derechos a la salud, la vida y la integridad física, y por la protección de la salud pública (artículos 15 y 43 CE) en un contexto de grave riesgo para la salud pública, como lo es la pandemia de covid-19 y la emergencia sanitaria que ha provocado, con el fin de prevenirla y controlarla, mediante la reducción del riesgo de contagio de esta enfermedad infecciosa.

Las medidas adoptadas no tienen por finalidad privar de la titularidad del derecho, suprimirlo, negar su existencia o modificar su contenido, sino modificar durante un tiempo delimitado y en unas circunstancias determinadas algunas condiciones de su ejercicio o algunos contenidos, de la forma mínima posible, proporcionada y adecuada al fin buscado. Dado que no se limita frontalmente el contenido del derecho sino que se limita provisionalmente su ejercicio, las habilitaciones contenidas en la Ley 14/1986, General de Sanidad, y en la Ley 33/2011, General de Salud Pública, podrían resultar suficientes, si bien a la vista del alcance de la limitación respecto al conjunto de destinatarios y en ocasiones su intensidad y duración en el tiempo, a veces prolongada y dependiente de la evolución epidemiológica, puede ser necesaria, de conformidad con la jurisprudencia constitucional antes citada, una habilitación prevista en ley orgánica.

Ya ha quedado razonado, en el fundamento jurídico primero, que una ley orgánica puede prever y permitir que las autoridades sanitarias autonómicas, en ejercicio de sus competencias ejecutivas, adopten medidas limitativas de derechos fundamentales con alcance general, es decir dirigidas a un grupo amplio de personas no individualizado, al conjunto de la población de un municipio, comarca o comunidad autónoma, en una situación concreta de grave riesgo para la salud pública, como lo es la pandemia de covid-19 y la emergencia sanitaria que ha provocado, con el fin de garantizar el control de brotes epidemiológicos y el riesgo de contagio.

Eso es lo que precisamente hace el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, que, con el rango orgánico, se corresponde con el presupuesto legal habilitante que exige la Constitución.

Dispone este precepto legal que «Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria [tanto el Estado como a las comunidades autónomas], en el ámbito de sus respectivas competencias, 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».

El segundo inciso del artículo, «así como las medidas que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible», no limita ni restringe el tipo de medidas que pueden adoptar las autoridades autonómicas sanitarias para controlar el riesgo de una enfermedad transmisible. Pueden adoptar las medidas, tanto individualizadas como de alcance general en un determinado ámbito, que se consideren necesarias a tal fin, incluidas las que limiten derechos fundamentales, siempre que sean proporcionadas.

Si las medidas no pudieran ser de alcance general, dirigidas a un conjunto de población en un determinado ámbito, el segundo inciso resultaría redundante y carecería de sentido. No debe interpretarse una cláusula legal en un sentido que le priva de efecto. Ha de presumirse que el legislador, al añadir este segundo inciso al artículo 3, pretendía regular la posibilidad adicional de adopción de medidas que afectaran a personas distintas de «los enfermos, las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y a las situadas en el medio ambiente inmediato» mencionados en el primer inciso. Por otra parte, nada hay en el tenor literal del artículo que permita distinguir en función del número de afectados. Si la ley no distingue no cabe una interpretación que sí haga distinciones.

Adviértase que, en situaciones de graves crisis sanitarias, para las que está pensado el artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, surgen problemas imprevistos e imprevisibles, que el legislador no puede anticipar ni regular con detalle, pero a los que hay que dar una respuesta pública inmediata y, probablemente, drástica. Dado que resulta prácticamente imposible conocer de antemano cuál será la situación excepcional que acaezca y predeterminar los medios necesarios para enfrentarla, es razonable pensar que el legislador ha querido conferir una habilitación genérica, unos muy amplios poderes a la Administración, con un también amplio margen de apreciación, para las circunstancias de esta naturaleza, en las que están en juego los derechos a la vida e integridad física en íntima conexión con el derecho a la salud. De esta forma, confiere a las autoridades administrativas la flexibilidad precisa para dar una respuesta apropiada a estas situaciones graves.

La necesidad de reaccionar de forma apropiada y a tiempo justifica esta habilitación legal, formulada en términos tan amplios, en el inciso final del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986. Se trata de una habilitación genérica recogida en una ley orgánica que abarca limitaciones provisionales de derechos para un conjunto amplio de personas o la población en general a través de todas las medidas que puedan reputarse necesarias para el control de una enfermedad transmisible cuando concurren razones sanitarias de urgencia y necesidad (artículo 1 de la Ley Orgánica 3/1986).

La falta de concreción legal del contenido de las actuaciones habrá de ser suplida por la explícita motivación de las resoluciones que se adopten, de forma que se justifique su proporcionalidad y adecuación a los hechos.

Las disposiciones administrativas mediante las que se aprueban las medidas de salud pública restrictivas de derechos fundamentales no pueden eludir en sus preámbulos un razonamiento que explique suficientemente que su adopción contribuye a mejorar la situación sanitaria con el conocimiento científico disponible y en el concreto ámbito geográfico en el que se imponen, así como el resto de consideraciones que permitan verificar que no se ha incurrido en excesos a la hora de limitar los derechos.

También deben incluir una justificación suficiente de su imperiosa necesidad, pues la jurisdicción contencioso-administrativa anula las disposiciones restrictivas de derechos cuando en su propio texto no justifican suficientemente su necesidad, sin que sea admisible aportar una justificación con ocasión del ulterior proceso que las enjuicie.

En definitiva, estas normas administrativas han de hacer un esfuerzo de motivación que permita a los tribunales de justicia llevar a cabo el juicio de su necesidad, idoneidad y proporcionalidad. La omisión de justificación, la justificación insuficiente, o la desproporcionalidad de las medidas respecto de la justificación expuesta, conducirían a su no ratificación o posterior anulación.

El Defensor del Pueblo considera, a la luz de los argumentos expuestos, que una interpretación tanto literal como teleológica del artículo 3 de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, ampara la posibilidad de que las administraciones competentes adopten, en un contexto de emergencia sanitaria, medidas para proteger la salud de los ciudadanos y evitar la propagación de la epidemia que limiten de manera provisional derechos con alcance general al conjunto de población de un ámbito, en general territorial, determinado. Tal es la previsión del último inciso de dicho precepto.

Debe insistirse, además, en que las medidas previstas en el precepto dan respuesta a un conflicto entre derechos fundamentales: aquellos que se limitan, de los que se deriva para las autoridades competentes la obligación negativa de respetarlos; y los derechos a la vida y a la integridad física, que imponen a esas mismas autoridades la obligación positiva de protegerlos. Y no hay razón para resolver ese conflicto escogiendo la interpretación más favorable a los primeros y más perjudicial para los segundos, sino buscar la solución que resulte proporcional.

En complemento de la Ley Orgánica 3/1986, el artículo 26 de la Ley General de Sanidad, prevé la posibilidad de que las autoridades sanitarias puedan adoptar las medidas preventivas que consideren pertinentes cuando exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud. La duración de dichas medidas se fijará para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, y no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó.

La Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, por su parte, establece en el artículo 54.1 que, «sin perjuicio de las medidas previstas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, con carácter excepcional, y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la Administración General del Estado y las de las comunidades autónomas y

ciudades de Ceuta y Melilla, en el ámbito de sus competencias respectivas, podrán adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley».

Hay que subrayar que, como garantía adicional, aquellas medidas adoptadas por la Administración sanitaria que limiten con alcance general derechos fundamentales conforme a la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, requieren de ratificación judicial. Por el contrario, la declaración de estado de alarma está excluida del control jurisdiccional ordinario dado su rango de ley (STC 83/2016, de 28 de abril de 2016).

Los artículos 10.8 y 11.1. i) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, tras la reforma operada por la Ley 3/2020 de 18 de septiembre, prevén que las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional conozcan de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria, que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal o la estatal, respectivamente, consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente. El artículo 122 quater dispone que la tramitación de estas ratificaciones tendrá siempre carácter preferente y deberá resolverse en un plazo máximo de tres días naturales y que en ella será parte el ministerio fiscal. Las decisiones judiciales recaídas en estos procesos son ahora susceptibles de recurso de casación ante el Tribunal Supremo, tras la reciente reforma legal llevada a cabo por el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, que busca así la unificación de la doctrina.

En suma, el Defensor del Pueblo estima constitucional que las autoridades sanitarias autonómicas, en un contexto de emergencia sanitaria y dentro del marco legal descrito, en especial al amparo del artículo 3 de la Ley Orgánica de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, adopten medidas de protección de la salud pública, en ejercicio de sus competencias ejecutivas, que supongan limitaciones temporales de derechos fundamentales con alcance general, siempre que justifiquen adecuadamente, en cualquier caso, su necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

Así lo ha mantenido desde el verano de 2020 en las quejas tramitadas y en la resolución de las solicitudes de recursos de inconstitucionalidad planteados en conexión con esta cuestión, tal y como recoge el informe anual 2020 elevado a las Cortes Generales. Así lo ha recogido también la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo en sus sentencias 720/2021 de 24 de mayo, 788/2021, de 3 de junio, y 1.112/2021, de 14 de septiembre.

SEXTO. Las eventuales limitaciones de derechos fundamentales, contempladas en diferentes artículos de los títulos cuarto y quinto de la Ley 2/2021 del País Vasco, no son

diferentes de las limitaciones de este derecho que las autoridades autonómicas han venido adoptando, en ejercicio de sus competencias ejecutivas y bajo el control judicial, al amparo de la Ley Orgánica 3/1986, la Ley 14/1986, General de Sanidad, y la Ley 33/2011, General de Salud Pública.

La reforma legal autonómica concreta las medidas susceptibles de ser adoptadas por la autoridad sanitaria competente en situaciones de grave riesgo para la salud pública en función de cinco niveles de alerta y mientras dure la emergencia sanitaria por covid-19.

A la hora de dilucidar si tal concreción se ha realizado dentro del marco previsto en la Constitución, el Estatuto de Autonomía y la legislación sanitaria orgánica y ordinaria básica de aplicación, esta institución interpreta que el régimen jurídico previsto en la Ley del País Vasco 2/2021 no constituye un desarrollo frontal ni comporta restricciones que supongan una limitación esencial de los derechos fundamentales que se ven afectados, sino que comporta únicamente la previsión de la posibilidad de modulaciones provisionales y limitadas de su ejercicio en circunstancias muy determinadas, razón por lo que no entraría en juego la reserva de ley orgánica.

En el supuesto de que la medida de limitación del derecho fundamental pudiera resultar especialmente gravosa, al aumentar su intensidad y el grado de afectación al contenido de algún derecho fundamental por su prolongación en el tiempo, quedaría, a juicio de esta institución, precisamente cubierta por la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, sin que se aprecie un desarrollo de esa norma orgánica por la ley autonómica, sino en todo caso su constreñimiento por concreción.

En una materia, la salud pública, en la que es competente la Comunidad Autónoma del País Vasco, en virtud de lo establecido en el artículo 149.1.16.^a y su Estatuto de Autonomía, la regulación legal autonómica que se cuestiona por los solicitantes constituye una concreción legítima de lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, y en el resto de leyes estatales referidas, Ley 14/1986, General de Sanidad, y la Ley 33/2011, General de Salud Pública, susceptible, por ello, en los términos que se acaban de precisar, de desarrollo por el legislador autonómico.

Resulta determinante a esos efectos que la Ley 2/2021 del País Vasco no amplía los poderes ya otorgados por la Ley Orgánica 3/1986 a la autoridad sanitaria autonómica para limitar los derechos fundamentales, sino que, por el contrario, los reduce, los constriñe, al someter el poder genérico que, con amplia discrecionalidad, confiere el artículo tercero de dicha norma orgánica («las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible») a ciertas reglas sustantivas y de procedimiento, reforzando así las garantías y la seguridad jurídica.

De esta manera, la Ley 2/2021, de 24 de junio, especifica las medidas y modulaciones de derechos y de la actividad que se pueden adoptar en cada nivel de alerta, los presupuestos y procedimiento para declarar estos, recoge la temporalidad de las medidas, las exigencias del principio de proporcionalidad y su necesaria ratificación judicial. Además, los procedimientos y requisitos establecidos respetan los principios establecidos en la legislación estatal de carácter básico.

En lo que se refiere, en particular, a la realización de pruebas diagnósticas y vacunación, la regulación prevista en la Ley 2/2021, de 24 de junio, del País Vasco, prevé expresamente que se ajustará a lo previsto en los artículos 8 y 9.2.a de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. La denegación del consentimiento para la realización de las pruebas por la persona afectada se recogerá por escrito y llevará aparejada como consecuencia la imposibilidad de llevar a cabo el trabajo o la actividad sujeta a la realización de la misma, así como, en su caso, la posibilidad de que se impongan restricciones u obligaciones personalizadas en los términos previstos por esta ley. Este mismo precepto se aplicará a los efectos de la exigencia de vacunación.

Por tanto, la ley vasca no contempla la vacunación obligatoria sino restricciones a determinadas actividades y trabajos si no se acepta la misma y siempre por razones de salud pública y mientras dure la emergencia sanitaria, lo que parece plenamente acorde con la Ley Orgánica 3/1986 y la Ley 41/2002, de carácter básico.

En cualquier caso, hay que recordar que si bien la Ley 41/2002 pivota alrededor del principio de que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado (artículo 8.1), reconoce expresamente como uno de los límites al mismo la existencia de riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas de conformidad con la Ley Orgánica 3/1986. Su artículo 9.2 a) dispone literalmente que «los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento [...] cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas».

Tal y como se ha razonado en el fundamento anterior, el artículo segundo de la Ley Orgánica 3/1986 apodera a las autoridades sanitarias competentes para adoptar «medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o

por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad». Además, en virtud de su artículo tercero, las autoridades sanitarias, pueden adoptar las medidas que se consideren necesarias para evitar el riesgo de contagio de una enfermedad transmisible y controlar esta cuando lo exijan razones sanitarias y de salud pública de urgencia o necesidad.

De todo ello se concluye que, si bien la actual legislación en España no prevé la obligación general de vacunarse frente a enfermedad alguna, el marco jurídico descrito permitía ya, mucho antes de la aprobación de la Ley 2/2021 del País Vasco que la autoridad sanitaria (en este caso autonómica) estableciera la vacunación obligatoria para un grupo de personas, con el fin de evitar el riesgo de transmisión de una enfermedad infecciosa, siempre que se estuviera ante una situación sanitaria de urgencia, con grave riesgo para la salud pública y los derechos a la vida, la integridad física y la salud de los demás, y se justificara que tal vacunación resultaba una medida necesaria, idónea y proporcionada a fin de evitar los contagios y salvaguardar los otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos. Todo ello con el debido respeto a la legislación y coordinación estatales y la necesaria ratificación judicial. No se olvide en este punto que, tanto antes como después de la reforma legal autonómica que se examina, aquellas medidas adoptadas por la Administración sanitaria que puedan implicar restricción de la libertad o de otro derecho fundamental requieren de ratificación judicial. La Ley 2/2021 del País Vasco no ha añadido en este aspecto nada distinto a las habilitaciones y apoderamientos a las autoridades sanitarias autonómicas que ya estaban establecidas en el marco jurídico estatal previo.

Se trae a colación, a modo de ejemplo, que en las Illes Balears está vigente la obligación impuesta a los profesionales del tatuaje (micropigmentación estética) de vacunarse contra el tétanos y la hepatitis B, regulada en el artículo 11 a) del Decreto de Illes Balears 43/2003, de 2 de mayo. La obligación impuesta en el citado Decreto autonómico hace referencia al riesgo potencial de transmisión de enfermedades a través de la sangre asociado a estas prácticas, y al fin de minimizar estos riesgos, y también alude al artículo 43 de la Constitución que reconoce el derecho de todos los ciudadanos a la protección de la salud y la competencia de los poderes públicos para organizar y tutelar la salud pública, así como a los artículos 6.1, 18.5 y 25.2, de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, entre otros, que establecen que las administraciones públicas sanitarias han de velar y garantizar la protección de la salud de todos los ciudadanos, regulando en su artículo 24 la intervención de los órganos competentes en las actividades públicas o privadas, que directa o indirectamente, puedan tener consecuencias negativas para la salud. Previsiones de la Ley General de Sanidad, completadas hoy en día por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, en cuanto a las posibilidades de intervención preventiva por parte de las autoridades

sanitarias para aquellas actividades públicas o privadas que puedan entrañar, directa o indirectamente, consecuencias negativas para la salud.

Otro ejemplo de la aplicación del marco jurídico más arriba descrito sucedió en 2010 en un barrio de Granada donde se produjo un brote de sarampión. Al fomentar la vacunación urgente, la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía constató que había niños cuyos padres se negaban a vacunarlos. Por ello, era previsible que el virus del sarampión siguiese circulando en la comunidad y no fuera posible evitar que se contagiasen tanto los niños muy pequeños que no tenían edad para ser vacunados como los enfermos con inmunodepresión que no se podían vacunar. Es decir, se precisaba la vacunación general para proteger a los más frágiles, en un brote que al final afectó a casi 300 personas. La Consejería de Sanidad de la Junta de Andalucía solicitó al juez la vacunación obligatoria de los menores cuyos padres no querían inocularla a sus hijos, lo que el juez autorizó tras sustentar su decisión en la Ley Orgánica 3/1986 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre límites a derechos fundamentales, al considerar que perseguía «un fin constitucionalmente legítimo; que su adopción se encuentra amparada por una norma de rango legal; y que existe proporcionalidad de la medida de manera que es idónea y necesaria a los fines constitucionalmente legítimos que se pretenden, sin implicar un sacrificio desmedido» (Auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 5 de Granada, del 24 de noviembre de 2010).

SÉPTIMO. Por último, tampoco aprecia esta institución contradicción alguna entre la ley autonómica cuestionada y la legislación sanitaria estatal de carácter básico. En nuestro ordenamiento, en sanidad, las normas básicas son las normas y principios generales adoptados por el legislador estatal conforme al artículo 149.1.16.^a de la Constitución, que informan y ordenan esta materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional.

Este marco se concreta en la exigencia de que exista un sistema normativo sanitario nacional «con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, eso sí, sin perjuicio de las normas que sobre la materia puedan dictar las comunidades autónomas en virtud de sus respectivas competencias» (SSTC 61/1997, FJ 7; 173/1998, FJ 9; 188/2001, FJ 12; 37/2002, FJ 12; 152/2003, FJ 3, y STC 22/2012, FJ 3, entre otras).

No hay duda, por tanto, de que las comunidades autónomas ostentan competencias de «desarrollo legislativo» y «ejecución» de la legislación sanitaria básica del Estado, de acuerdo con lo previsto en sus respectivos estatutos. De ahí que las medidas de salud pública susceptibles de adopción por parte de las comunidades autónomas no solo sean las establecidas por las leyes sanitarias estatales mencionadas, sino también las previstas, respetando el orden constitucional de distribución de competencias, en las leyes y disposiciones administrativas autonómicas aplicables.

Las medidas que contempla la Ley 2/2021, de 24 de junio, del País Vasco, son en unos casos idénticas a las establecidas en las leyes estatales, todas ellas referidas en los fundamentos anteriores, y en otros se amparan en la cláusula residual prevista en ellas. De ahí que, a juicio de esta institución, la ley autonómica esté ejerciendo, legítima y válidamente, las competencias autonómicas de desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado.

RESOLUCIÓN

De acuerdo con lo razonado, el Defensor del Pueblo (e.f.), oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, previa la oportuna deliberación y con pleno respeto a cualquier opinión discrepante, resuelve no interponer el recurso de inconstitucionalidad solicitado contra la Ley 2/2021, de 24 de junio, de medidas para la gestión de la pandemia de covid-19, del País Vasco.

Decreto-ley 4/2021, de 8 de julio, por el que se modifica 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, para el establecimiento del nivel de alerta sanitaria 2 en la Comunidad Autónoma de Aragón

La solicitud de recurso se fundamenta en la supuesta vulneración de la legislación en materia de protección de datos personales, singularmente los datos relativos a la salud, alegando al respecto y sin mayores precisiones el cuestionamiento del denominado “pasaporte Covid” por diversos tribunales de justicia.

Se acordó no interponer el recurso solicitado en razón de la fundamentación siguiente:

FUNDAMENTOS

ÚNICO. La simple lectura del precepto cuestionado y del preámbulo de la norma evidencian que el objeto de la misma es la concreción del deber de colaboración con las autoridades sanitarias introduciendo la posibilidad de exigir a determinadas actividades o negocios la confección de listados de personas usuarias, así como empleadas y participantes. Es una medida preventiva para actividades con asistencia masiva o numerosa que, en caso de detección de infectados entre asistentes o participantes, permita el seguimiento de los restantes y la trazabilidad de los posibles contagios.

Así mismo el texto del precepto pone de manifiesto que el deber se concreta en la elaboración y conservación de listados periódicos de personas empleadas, usuarias o participantes, esto es, listados identificativos, que no implican recabar ni tratar datos concernientes a la salud ni cualquier otro dato personal especialmente protegido, por lo que la tacha de inconstitucionalidad resulta, a juicio de esta institución, completamente infundada.

Ley 1/2021, de 9 de julio, de modificación de la Ley 8/2015, de 28 de diciembre, de Radio Televisión Madrid

La solicitud de recurso formulada por un grupo parlamentario de la Asamblea de Madrid se fundamenta en que la norma “introduce modificaciones profundas en la arquitectura de la Radio Televisión Pública madrileña”, que se concreta en que suprime la participación de las organizaciones profesionales y sociales más representativas del sector de la comunicación en el consejo de administración; resta competencias al consejo de administración; modifica la duración del mandato del director general; y crea la figura de un administrador provisional con las mismas competencias y atribuciones del director general cuyo mandato puede desarrollarse de manera indefinida hasta que la asamblea elija director general.

Se acordó no interponer el recurso solicitado en razón de la fundamentación siguiente:

FUNDAMENTOS

PRIMERO. Cabe anotar, en primer lugar, que la fundamentación de la solicitud de recurso se basa no en el contenido de la reforma operada en la Ley 8/2015, de 28 de diciembre, de Radio Televisión Madrid, de la que evidentemente se discrepa, sino en el modo de tramitación parlamentaria de la misma. Es la tramitación en lectura única lo que primariamente se cuestiona y de ahí que el parámetro de constitucionalidad al que se acude en el escrito de solicitud sea el artículo 167 del Reglamento de la Asamblea de Madrid cuya infracción habría impedido el ejercicio del “ius in officium” de los parlamentarios y, con ello, la desatención al artículo 23.2 de la Constitución.

Ahora bien, siendo este el fundamento de la acción que se solicita, la vía reaccional más inmediata y a disposición de la solicitante de recurso en su condición de miembro de la Asamblea de Madrid habría sido la prevista en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional según el cual “las decisiones o actos sin valor de ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las cámaras o asambleas, sean firmes”.

A juicio de esta institución esa vía, la interposición del recurso de amparo frente al acuerdo del pleno de la cámara optando por la tramitación en lectura única de la proposición de ley, era la pertinente para fundamentación con la que se solicita el

recurso de inconstitucionalidad y para la defensa del “ius in officium” cuya vulneración se alega.

SEGUNDO. Al margen de la consideración anterior y respecto del recurso que se solicita ha de partirse de lo dicho en la STC 136/2011, de 13 de septiembre, respecto a que

“[...] las decisiones parlamentarias referidas al acortamiento de trámites y plazos del procedimiento legislativo –bien derivadas de la declaración de la tramitación por la vía de urgencia, bien por el procedimiento en lectura única, bien por la concurrencia de causas excepcionales, o por el mero incumplimiento de los plazos establecidos reglamentariamente– este tribunal tiene declarado que no está constitucionalizado ningún procedimiento legislativo abreviado para la tramitación de proyectos normativos caracterizados por la urgencia, salvo una regla temporal para la tramitación en el Senado de los proyectos declarados urgentes por el Gobierno o por el Congreso de los Diputados (art. 90.3 CE), por lo que dicha regulación queda, entonces, encomendada a los reglamentos de las cámaras».

No es, por tanto, a la Constitución sino al reglamento de la asamblea a donde ha de acudir para comprobar si la decisión del pleno se ajusta a las previsiones en él contenidas y si respeta los límites que dicho reglamento establece, porque, como recuerda el Tribunal Constitucional en su Sentencia 204/2011 (FJ4)

“Aunque el art. 28.1 de nuestra Ley Orgánica no menciona los reglamentos parlamentarios entre aquellas normas cuya infracción puede acarrear la inconstitucionalidad de la ley, no es dudoso que, tanto por la invulnerabilidad de tales reglas de procedimiento frente a la acción del legislador como, sobre todo, por el carácter instrumental que esas reglas tienen respecto de uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento, el del pluralismo político (art. 1.1 CE), la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo podría viciar de inconstitucionalidad la ley cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las cámaras” [SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 1 a); 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 5; y 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 6].

TERCERO. El reglamento de la Asamblea de Madrid dispone en su artículo 167 que “cuando la naturaleza de un proyecto o proposición de ley lo aconseje o su simplicidad de formulación lo permita, el pleno, a propuesta de la mesa de la asamblea, de acuerdo con la junta de portavoces, podrá acordar que se tramite en lectura única”. Y asimismo que “la propuesta de la mesa podrá realizarse a iniciativa propia o a petición del autor de la iniciativa legislativa, con ocasión del acto de calificación, resolución sobre la admisión o inadmisión a trámite y decisión de la tramitación del proyecto o proposición de ley”.

Por su parte, y en cuanto a los límites de esa facultad, el artículo 169 del Reglamento dispone que “No podrán ser objeto de tramitación en lectura única A) Las proposiciones de ley de iniciativa legislativa popular y las de los ayuntamientos; B) Los proyectos y proposiciones de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid y C) El proyecto de ley de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid”.

No tratándose en el presente caso de ninguna de las normas que el reglamento parlamentario veda para su tramitación a través del procedimiento en lectura única, el examen de su constitucionalidad habría de centrarse, desde el punto de vista formal que ahora se trata, en el cumplimiento de los requisitos del artículo 167 relativos a que sea la naturaleza del proyecto o proposición o la simplicidad del mismo lo que aconseje o permita su tramitación por dicho procedimiento.

Ahora bien, en relación con los presupuestos habilitantes del procedimiento legislativo en lectura única, se dice en la STC 139/2017, de 29 de noviembre (FJ 7) que,

“Este tribunal tiene declarado que se trata de cláusulas o conceptos abiertos que confieren a los órganos de la cámara un amplio margen de apreciación e interpretación en su aplicación, de modo que la valoración sobre la oportunidad de acudir a este tipo de procedimiento, así como sobre la concurrencia de los elementos de simplicidad del texto normativo o de una naturaleza que justifique la tramitación parlamentaria de un proyecto o de una proposición de ley por el procedimiento de lectura única corresponde al órgano u órganos de la cámara facultados para ello, sin que, desde la perspectiva de control que nos corresponde de tales decisiones parlamentarias, podamos reemplazar, por respeto a la autonomía de las cámaras sobre los procedimientos que se desarrollan en su seno, la voluntad o el criterio de oportunidad del órgano u órganos que las han adoptado”.

Y en el mismo fundamento jurídico de la sentencia que se viene citando, se dice que,

“En cuanto a la delimitación de los concretos supuestos habilitantes del procedimiento en lectura única, hemos señalado que ni la relevancia o trascendencia constitucional de un texto normativo, ni su repercusión pública, ni su complejidad material, ni, en fin, la existencia de una variedad de criterios técnicos ni políticos sobre el mismo son incompatibles con la utilización de este procedimiento parlamentario, al que no le está vedada materia alguna, incluida la reforma constitucional. Asimismo, hemos referido la simplicidad de la formulación de la iniciativa legislativa no a su especial relevancia o trascendencia en el ordenamiento jurídico, sino a la comprensión, sencillez e inteligibilidad de su estructura, contenido y lenguaje”.

Se trata pues la opción por el procedimiento legislativo en lectura única de una materia no constitucionalizada, en la que los órganos de la Asamblea de Madrid disponen de un amplio margen de apreciación respecto de la existencia de los

presupuestos habilitantes, margen de apreciación no revisable en vía constitucional y susceptible de aplicarse a cualquier materia salvo, en el presente caso, las que expresamente veda el propio reglamento.

Por otra parte el Tribunal Constitucional ha insistido en numerosas sentencias en que las eventuales infracciones los reglamentos parlamentarios sólo podrán llegar a tener relevancia constitucional cuando su alcance sea de tal magnitud que haya alterado, no de cualquier manera, sino de forma sustancial, el proceso de formación de la voluntad de una cámara (por todas, STC 136/2011, fj 10.e). Y en el presente caso tal circunstancia no ha quedado en absoluto acreditada por la solicitante de recurso que ni acredita ni alega que no haya tenido la oportunidad de intervenir en los debates relativos a la adopción o no del propio procedimiento en lectura única, así como en el debate a la totalidad relativo a la aprobación del proyecto o proposición de ley.

CUARTO. Cuestión distinta es el desacuerdo político con el contenido de la reforma operada por la Ley 1/2021 en Radio Televisión Madrid que por su intensidad hubiera podido merecer el recurso a un procedimiento legislativo en el que las facultades de debate y enmienda alcanzasen su máxima intensidad. Pero, aunque se ponga de manifiesto la discrepancia con la misma, no es el contenido o alcance de la reforma lo que fundamenta la solicitud de recurso sino el procedimiento legislativo empleado para su tramitación y aprobación. Y como se ha visto, el reglamento de la Asamblea de Madrid solo excluye del procedimiento en lectura única a determinadas iniciativas legislativas entre las que no está la aquí tratada, de lo que se ha derivado el decaimiento del derecho a la presentación de enmiendas en la tramitación de la ley 1/2021 porque así lo dispone el artículo 167.2 del reglamento, precepto este sí que podría plantear algunas dudas respecto de su adecuación al derecho de participación política del artículo 23.2 de la Constitución a tenor de la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 139/2017 f.j. 7, entre otras) pero que no puede ser aquí objeto de examen ni de pronunciamiento.

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

Una persona pidió que el Defensor del Pueblo presentara un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 14.2 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, precepto que establece la posibilidad de exigir la realización de una prueba diagnóstica de covid-19 o la vacunación para desempeñar un determinado trabajo o actividad. Entre las motivaciones, la petición señala que se vulneran el principio de reserva de ley orgánica, los derechos fundamentales a la igualdad y a la integridad física en conexión con la libre autonomía (artículos 14, 15 y 16 de la Constitución) y la falta de proporcionalidad de lo previsto en ese artículo, por conllevar la obligatoriedad de la vacuna con carácter general.

La petición no fue aceptada, con base en los argumentos jurídicos detallados en la resolución de referencia. El decreto-ley canario incide en la igualdad de trato en el acceso al trabajo u otras actividades, mientras que el derecho a la autodeterminación en el ámbito de la salud como parte del derecho fundamental a la integridad física, en el que según la jurisprudencia constitucional se inserta, en conexión con el derecho a actuar de acuerdo con las propias convicciones, resulta afectado solo de manera indirecta. Sobre la primera cuestión, se recuerda que el derecho a la igualdad de trato consagrado en el artículo 14 de la Constitución, según una constante jurisprudencia constitucional, no puede resultar vulnerado en situaciones que no son comparables, por encontrarse razonable y objetivamente diferenciadas, como expresa el hecho de que una persona se encuentre o no vacunada, en un contexto de grave riesgo para la salud pública ocasionado por una enfermedad transmisible ya declarada.

ANTECEDENTES

PRIMERO. La persona compareciente solicita la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el segundo párrafo del artículo 14.2 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, publicado en el Boletín Oficial de Canarias extraordinario número 183, de 6 de septiembre de 2021.

El tenor literal del precepto es el siguiente:

«Artículo 14. Realización de pruebas diagnósticas y vacunación.

(...)

2. La realización de pruebas diagnósticas de acuerdo con lo previsto en este decreto-ley se ajustará a la regulación sobre consentimiento informado contenida en los artículos 8 y 9.2.a de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

La denegación del consentimiento para la realización de las pruebas diagnósticas se recogerá por escrito y conllevará la imposibilidad de desempeñar el trabajo o la actividad a la que se condicionó la realización de la prueba diagnóstica, así como, en su caso, la posibilidad de imposición de restricciones u obligaciones personalizadas en los términos previstos por este decreto-ley.

Este mismo precepto se aplicará a los efectos de la exigencia de vacunación».

SEGUNDO. La solicitante del recurso interpreta que el segundo párrafo del artículo 14.2 del decreto-ley autonómico iguala las consecuencias del rechazo a la realización de pruebas diagnósticas y del rechazo a la vacunación y las convierte en obligatorias en tanto prevé, como consecuencia negativa para quienes no las acepten, la imposibilidad de realizar el trabajo o actividad condicionada a la prueba diagnóstica o vacunación. A su juicio, el precepto incurre en inconstitucionalidad por cuatro motivos:

1. Afirma, sin mayor desarrollo argumental, que la previsión normativa vulnera la reserva de ley orgánica prevista en el artículo 81.1 de la Constitución y las competencias exclusivas estatales previstas en su artículo 149.1.16.^a («bases y coordinación general de la sanidad»).

2. Considera que el precepto vulnera los derechos fundamentales a la igualdad y a la integridad física en conexión con la libre autonomía (artículos 14, 15 y 16 de la Constitución) en tanto el consentimiento libre y voluntario del afectado debe primar en toda actuación en el ámbito de su salud, tal y como apropiadamente recoge el artículo 8.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

3. Alega también que el precepto incurre en una evidente falta de proporcionalidad, ya que establece la obligatoriedad de la vacuna con carácter general, sin dar la posibilidad de analizar el caso concreto y estudiar si pueden existir otras medidas menos limitativas de derechos.

4. Por último, defiende la similitud del párrafo segundo del artículo 14.2 del Decreto-ley 11/2021, de 2 de septiembre, y la medida 5^a del artículo 38.2.b) de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia, introducida por la Ley 8/2021, de 25 de febrero, que ha sido objeto de sendos recursos de inconstitucionalidad y respecto a cuya suspensión se ha pronunciado el Tribunal Constitucional.

FUNDAMENTOS

PRIMERO. La solicitante del recurso invoca la vulneración de la reserva de ley orgánica que contiene el artículo 81.1 de la Constitución para el desarrollo de los derechos fundamentales, sin esgrimir las razones y argumentos que llevarían a tal conclusión. Del conjunto de la solicitud presentada, esta institución deduce que la interesada cuestiona que una norma con rango de ley ordinaria pueda limitar derechos fundamentales, tal y como ocurre con el artículo 14.2 del Decreto-ley 11/2021.

Al respecto, es preciso recordar que los derechos fundamentales no son absolutos ni ilimitados. En ocasiones, pueden y deben ceder en su confrontación con otros derechos fundamentales o con otros bienes constitucionalmente protegidos para cuya garantía puede ser necesario restringirlos.

Así lo advierte el artículo 10.1 de la Constitución cuando afirma que el respeto a los derechos de los demás es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social y así se desprende de sus artículos 53.1 y 81.1 y de una temprana y consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 11/1981, FFJJ 7 y 8, y 2/1982, FJ 5, entre otras muchas).

Ahora bien, la limitación o restricción de los derechos fundamentales debe ser respetuosa con la reserva de ley de los artículos 81.1 y 53.1 de la Constitución, es decir debe estar contemplada en una ley orgánica u ordinaria y debe encontrarse suficientemente acotada en cuanto a los supuestos y fines que persigue, de manera que resulte cierta y previsible. Debe asimismo cumplir con tres presupuestos de constitucionalidad: el respeto al contenido esencial del derecho limitado -que consagra también el artículo 53.1-, la búsqueda de un fin constitucionalmente legítimo o la salvaguarda de un bien constitucionalmente relevante (STC 104/2000, FJ 8, y las allí citadas) y el respeto del principio de proporcionalidad (por todas, SSTC 11/1981, FJ 5; 196/1987, FJ 6, y 292/2000, FJ 15).

Es pues doctrina constitucional pacífica que el legislador puede establecer límites a los derechos fundamentales. También lo es que la ley que imponga las limitaciones no necesariamente ha de ser una ley orgánica.

El Tribunal Constitucional mantiene, desde la Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, un criterio de interpretación estricto de la reserva de ley orgánica. Tanto en lo que se refiere al término «desarrollar» como a la «materia» objeto de reserva. De esta forma, la reserva de ley orgánica no implica que esta haya de ser necesaria para todos y cada uno de los aspectos relacionados con el contenido y ejercicio de los derechos fundamentales. Ni que todo lo que afecte a los derechos fundamentales sea un desarrollo directo de estos, es decir, una regulación de sus aspectos esenciales que requiera de una disposición de las Cortes emanada con forma de ley orgánica. Solo será precisa cuando

se acometa un desarrollo directo -global o de sus aspectos esenciales- del ámbito subjetivo u objetivo de los derechos fundamentales (SSTC 5/1981; 6/1982; 67/1985; 140/1986; 160/1987; 132/1989, y 127/1994, entre otras).

A su vez, el Tribunal Constitucional, también en una jurisprudencia temprana y constante, ha interpretado el artículo 53.1 de la Constitución de manera que resulta en un apoderamiento general al legislador ordinario para regular el ejercicio de los derechos consagrados en el Capítulo segundo del Título I, entre los que se encuentran, en su Sección 1ª, los derechos fundamentales y las libertades públicas.

De ahí que, con carácter general, para regular el ejercicio de los derechos fundamentales sea suficiente la reserva de ley ordinaria, reserva que puede ser satisfecha tanto por la ley del Estado como por las normas con rango de ley que, dentro de sus competencias, se aprueben en las comunidades autónomas.

En esa misma línea de razonamiento, el Tribunal Constitucional ha rechazado una interpretación extensiva del límite material del decreto-ley (afectación a los derechos y libertades del Título I, fijado en el artículo 86.1 de la Constitución) que supondría el vaciamiento de la figura, haciéndola «inservible para regular con mayor o menor incidencia cualquier aspecto concerniente a las materias incluidas en el Título I de la Constitución». La cláusula restrictiva debe ser entendida de modo que no se reduzca a la nada el decreto-ley. Por tanto, lo que se prohíbe constitucionalmente es que se regule por decreto-ley un régimen general de estos derechos, deberes y libertades o que vaya en contra del contenido o elementos esenciales de algunos de tales derechos (STC 111/1983, FJ 8, confirmada por otras posteriores: SSTC 60/1986 FJ 4; 182/1997 FJ 6; 137/2003, FJ 6; 108/2004, FJ 7, y 329/2005, FJ 8).

SEGUNDO. De acuerdo con esta doctrina, el Tribunal Constitucional ha fijado cuándo la imposición de límites a un derecho fundamental cae en la reserva de ley orgánica y cuándo se puede considerar una regulación del ejercicio del derecho para la que es suficiente una ley ordinaria.

Los límites legales pueden ser bien restricciones directas del derecho fundamental mismo, bien restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental, límites estos últimos que afectan solo a las condiciones de ejercicio de los derechos, sin modificar sus elementos ni su estructura (sujetos titulares, objeto, contenido).

En el primer caso, regular esos límites es una forma de desarrollo del derecho fundamental que exige ley orgánica. En el segundo, los límites que se fijan lo son a la forma concreta en la que cabe ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental en cuestión, constituyendo una manera de regular su ejercicio, lo

que puede hacer el legislador ordinario a tenor de lo dispuesto en el artículo 53.1 de la Constitución (STC 292/2000, FJ 11).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 53/2002, de 27 de febrero, FJ 13, alude también a la intensidad de la afectación al derecho fundamental al enjuiciar la constitucionalidad de una limitación de ese derecho fundamental establecida por ley ordinaria. Las restricciones del derecho especialmente gravosas, por su intensidad y el grado de afectación a su contenido, suponen una limitación esencial del mismo y son equiparables a un tratamiento frontal o «desarrollo» del derecho, por lo que exigen ley orgánica de acuerdo con el artículo 81.1 de la Constitución. No así las modulaciones provisionales y limitadas a la forma en que se ejerce, en circunstancias determinadas, el derecho fundamental, para las que es suficiente la ley ordinaria.

En definitiva, no se corresponde con la Constitución la afirmación de que toda limitación de un derecho fundamental ha de hacerse única y exclusivamente por ley orgánica (SSTC 11/1981, FJ 5; 140/86, FJ 5; 196/1987, FJ 6, y 292/2000, FJ 15, entre otras muchas además de las ya citadas).

TERCERO. Una vez sentado lo anterior, la cuestión se desplaza a la idoneidad de la vigente legislación sanitaria para dar cobertura o fundamento normativo a las restricciones o limitaciones de derechos fundamentales en la lucha contra la pandemia del covid-19.

El ordenamiento jurídico español aborda las situaciones de grave riesgo contra la salud pública mediante la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, así como las leyes autonómicas que resulten de aplicación al ámbito territorial concernido. Leyes que atribuyen potestades ordinarias y extraordinarias a las autoridades sanitarias competentes, y las habilitan para imponer medidas dirigidas a la salvaguarda de vida y la salud pública que pueden implicar limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales.

El artículo tercero de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, dispone que «con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria [tanto el Estado como a las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias], 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».

La expresión «que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible», está circunscribiendo claramente la habilitación legal a supuestos de

enfermedades que entrañan tal peligro. A ello se añade que las medidas previstas solo pueden adoptarse, según establece el artículo primero de la misma ley orgánica, cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad, y han de dirigirse a proteger la salud pública o prevenir su deterioro.

No cabe, pues, hacer uso de la habilitación legal en cualquier circunstancia, sino en una de la gravedad, urgencia y necesidad que se desprende de su propio enunciado. La Ley Orgánica 3/1986, a juicio de esta institución, contiene una precisión objetiva, la existencia de una enfermedad transmisible grave que causa una situación sanitaria de necesidad y urgencia, de crisis, que constituye el contexto en el que ha de situarse la adopción de las medidas. En función de la incidencia de la enfermedad el ámbito subjetivo y espacial de aplicación del precepto puede irse extendiendo o reduciendo correlativamente.

Es verdad que la ley no prevé de manera concreta qué medidas son las que pueden adoptar las autoridades autonómicas sanitarias para controlar el riesgo de una enfermedad transmisible. De acuerdo con el tenor de su artículo tercero son aquellas «[...] medidas que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible». Sin embargo, ha de advertirse que, en situaciones de graves crisis sanitarias, para las que está pensado el artículo tercero de la Ley Orgánica 3/1986, surgen problemas imprevistos e imprevisibles, que el legislador no puede anticipar ni regular con detalle, pero a los que hay que dar una respuesta pública inmediata y, probablemente, drástica.

Dado que resulta prácticamente imposible anticipar cuál será la situación excepcional que acaezca y predeterminar los medios necesarios para enfrentarla, es razonable pensar que el legislador quiso conferir a la Administración una habilitación con un amplio margen de apreciación ante circunstancias de esta naturaleza, en las que están en juego los derechos a la vida e integridad física en íntima conexión con el derecho a la protección de la salud. De esta forma, el legislador confirió a las autoridades administrativas la flexibilidad precisa para dar una respuesta apropiada y a tiempo a estas situaciones graves.

Amplio margen de flexibilidad y apreciación para las autoridades sanitarias competentes, pero no arbitrariedad ni habilitación de actuación absoluta o desmedida, en tanto la interpretación conjunta de los artículos primero y tercero de la Ley Orgánica 3/1986 lleva a concluir que las medidas a adoptar no podrán ser cualesquiera, sino aquellas que resulten coherentes con la protección de la salud pública o la evitación de su deterioro ante el concreto riesgo planteado. Es decir, aquellas que, de acuerdo con la evidencia científica disponible en cada momento, se justifiquen sanitariamente en aras de ese fin, y no otras. Lleva también a concluir que las medidas que habilita a adoptar la Ley Orgánica 3/1986, en tanto que medidas concebidas para enfrentar riesgos extraordinarios, habrán de ser temporales por definición.

Además, el artículo tercero de la Ley Orgánica 3/1986, no puede entenderse separadamente del artículo 26 de la Ley 14/1986, General de Sanidad, ni del artículo 54 de la Ley 33/2011, General de Salud Pública, ya que abordan situaciones semejantes y persiguen la misma finalidad de proteger la salud de todos en situaciones en que está en peligro.

El artículo 26 de la Ley General de Sanidad prevé la posibilidad de que las autoridades sanitarias, en caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, puedan adoptar las medidas preventivas que consideren pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas. La duración de dichas medidas se fijará para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, y no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó.

Estipula el artículo 54.1 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, por su parte, que «sin perjuicio de las medidas previstas en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, con carácter excepcional, y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la Administración General del Estado y las de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ámbito de sus competencias respectivas, podrán adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley». En particular, la autoridad competente podrá adoptar, mediante resolución motivada, la inmovilización y decomiso de productos y sustancias, la intervención de medios materiales o personales, el cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias, la suspensión del ejercicio de actividades, la determinación de condiciones previas en cualquier fase de la fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias a que se refiere esta ley, con la finalidad de corregir las deficiencias detectadas, y «cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud incluida la suspensión de actuaciones de acuerdo a lo establecido en el Título II de esta ley». Las medidas que se adopten deberán, en todo caso, respetar el principio de proporcionalidad y su duración no excederá del tiempo exigido por la situación de riesgo que las motivó.

Ambos preceptos identifican el supuesto de hecho excepcional -el riesgo inminente extraordinario y grave para la salud- con una habilitación a las autoridades sanitarias, con indicación de actuaciones concretas y, además, con las que se consideren sanitariamente justificadas. Es decir, además del contexto objetivo de

emergencia para la salud, el marco legal exige la justificación desde el punto de vista sanitario de esas medidas. Exige además motivación a la Administración, contempla medidas y deja abierta la puerta a otras que, no solo han de ser idóneas para hacer frente a esa emergencia sanitaria, sino también temporales y proporcionadas.

Por tanto, considera el Defensor del Pueblo que este conjunto de preceptos legales ofrece suficientes precisiones, objetivas, subjetivas, espaciales, temporales y cualitativas para satisfacer la exigencia de certeza y previsibilidad que han de tener los preceptos legales que fundamentan restricciones o limitaciones puntuales de derechos fundamentales que de otro lado, y como se ha razonado, no pueden determinarse siempre -ya que no han de excluirse situaciones nunca imaginadas ni, en consecuencia, previstas- y no se alejan de los términos del parámetro admitido por el Tribunal Constitucional para la tipificación de sanciones (STC 14/2021, entre otras).

Hay que subrayar que, como garantía adicional, aquellas medidas adoptadas por la Administración sanitaria que limiten derechos fundamentales cuyos destinatarios no estén identificados individualmente requieren de ratificación judicial.

Los artículos 10.8 y 11.1. i) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, tras la reforma operada por la Ley 3/2020 de 18 de septiembre, prevén que las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional conozcan de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria, que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal o la estatal, respectivamente, consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente. Las decisiones judiciales recaídas en estos procesos son susceptibles de recurso de casación ante el Tribunal Supremo, tras la reforma legal llevada a cabo por el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, que busca así la unificación de la doctrina.

A la luz de los argumentos expuestos, las autoridades sanitarias autonómicas, en un contexto de emergencia sanitaria y dentro del marco legal descrito, están habilitadas para adoptar medidas de protección de la salud pública, en ejercicio de sus competencias ejecutivas, que supongan limitaciones temporales del ejercicio de derechos fundamentales con alcance general, siempre que justifiquen adecuadamente, en cualquier caso, su necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

Este es el criterio que ha mantenido el Defensor del Pueblo desde el verano de 2020 en las quejas tramitadas y en la resolución de las solicitudes de recursos de inconstitucionalidad planteados en conexión con esta cuestión, tal y como recoge el informe anual de 2020 elevado a las Cortes Generales. También es el criterio de la

reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, recogido en sus sentencias 719/2021, de 24 de mayo, 788/2021, de 3 de junio, y 1.112/2021, de 14 de septiembre.

CUARTO. Las limitaciones de derechos fundamentales, que las autoridades sanitarias de Canarias pueden adoptar, en virtud del Decreto-ley 11/2021, de 2 de septiembre, no son diferentes de las que pueden adoptar –y han adoptado en este año y nueve meses de pandemia- en ejercicio de sus competencias ejecutivas, al amparo de la Ley Orgánica 3/1986, la Ley 14/1986, General de Sanidad, y la Ley 33/2011, General de Salud Pública, y previa ratificación judicial.

El decreto-ley autonómico, cuyo artículo 14.2 cuestiona la solicitante del recurso, concreta las medidas susceptibles de ser adoptadas por la autoridad sanitaria competente en situaciones de grave riesgo para la salud pública en función de cinco niveles de alerta y mientras dure la emergencia sanitaria por covid-19.

A la hora de dilucidar si tal concreción se ha realizado dentro del marco previsto en la Constitución, el Estatuto de Autonomía y la legislación sanitaria orgánica y ordinaria básica de aplicación, esta institución interpreta que el régimen jurídico previsto en el decreto-ley canario no constituye un desarrollo frontal ni comporta restricciones que supongan una limitación esencial de los derechos fundamentales que se ven afectados –tampoco su artículo 14.2 como se desarrollará más adelante–, sino que comporta únicamente la previsión de modulaciones provisionales y limitadas de su ejercicio en circunstancias muy determinadas, razón por lo que no entraría en juego la reserva de ley orgánica.

En el supuesto de que alguna de las medidas de limitación del derecho fundamental pudiera resultar especialmente gravosa, al aumentar su intensidad y el grado de afectación al contenido de algún derecho fundamental por su prolongación en el tiempo, quedaría, a juicio de esta institución, precisamente cubierta por la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, como se ha explicado en el fundamento jurídico anterior, sin que se aprecie un desarrollo de esa norma orgánica por la norma legal autonómica, sino en todo caso su constreñimiento por concreción.

Dado que en materia de salud pública es competente la Comunidad Autónoma de Canarias, en virtud de lo establecido en el artículo 149.1.16.^a y en el artículo 141.2 b) de su Estatuto de Autonomía, la regulación que se cuestiona por la solicitante constituye una concreción legítima de lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, y en el resto de leyes estatales referidas, Ley 14/1986, General de Sanidad, y la Ley 33/2011, General de Salud Pública, susceptible, por ello, en los términos que se acaban de precisar, de desarrollo por el legislador autonómico.

Resulta determinante a esos efectos que el Decreto-ley 11/2021 no amplía los poderes ya otorgados por la Ley Orgánica 3/1986 a la autoridad sanitaria autonómica para limitar los derechos fundamentales, sino que, por el contrario, los reduce, los constriñe, al someter el poder genérico que, con amplia discrecionalidad, confiere el artículo tercero de dicha norma orgánica («las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible») a ciertas reglas sustantivas y de procedimiento, reforzando así las garantías y la seguridad jurídica, la certeza y la previsibilidad de la norma legal que las ampara.

De esta manera, el Decreto-ley 11/2021, de 2 de septiembre, especifica las medidas generales de prevención y las modulaciones de derechos y de la actividad que se pueden adoptar en cada nivel de alerta, los presupuestos y procedimiento para declarar estos, recoge la temporalidad de las medidas, las exigencias del principio de proporcionalidad y su necesaria ratificación judicial. Además, los procedimientos y requisitos establecidos respetan los principios establecidos en la legislación estatal de carácter básico.

QUINTO. Tampoco aprecia esta institución la contradicción invocada por la solicitante entre la ley autonómica cuestionada y la legislación sanitaria estatal de carácter básico. En nuestro ordenamiento, en sanidad, las normas básicas son las normas y principios generales adoptados por el legislador estatal conforme al artículo 149.1.16.^a de la Constitución, que informan y ordenan esta materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el conjunto del Estado.

Este marco se concreta en la exigencia de que exista un sistema normativo sanitario nacional «con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, eso sí, sin perjuicio de las normas que sobre la materia puedan dictar las comunidades autónomas en virtud de sus respectivas competencias» (SSTC 61/1997, FJ 7; 173/1998, FJ 9; 188/2001, FJ 12; 37/2002, FJ 12; 152/2003, FJ 3, y STC 22/2012, FJ 3, entre otras).

No hay duda, por tanto, de que las comunidades autónomas ostentan competencias de «desarrollo legislativo» y «ejecución» de la legislación sanitaria básica del Estado, de acuerdo con lo previsto en sus respectivos estatutos. De ahí que las medidas de salud pública susceptibles de adopción por parte de las comunidades autónomas no solo sean las establecidas por las leyes sanitarias estatales mencionadas, sino también las previstas, respetando el orden constitucional de distribución de competencias, en las leyes y disposiciones administrativas autonómicas aplicables.

Las medidas que contempla el Decreto-ley 11/2021, de 2 de septiembre, son en unos casos idénticas a las establecidas en las leyes estatales, todas ellas referidas en los fundamentos anteriores, y en otros se amparan en la cláusula residual prevista en

ellas. De ahí que, a juicio de esta institución, la ley autonómica esté ejerciendo, legítima y válidamente, las competencias autonómicas de desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado.

SEXTO. En lo que se refiere a la realización de pruebas diagnósticas y a la vacunación, el segundo párrafo del artículo 14.2 del Decreto ley 11/2021, de 2 de septiembre, no las impone como obligatorias, en contra de lo argumentado por la solicitante.

Lo que hace el precepto es anudar determinadas consecuencias a su rechazo, en concreto lo vincula a la imposibilidad de realizar aquellas actividades y trabajos, en el entorno público y privado, que hayan sido condicionados por la autoridad sanitaria a la realización de pruebas diagnósticas o a la vacunación en los términos previstos por el propio decreto-ley. Todo ello siempre por razones de salud pública y mientras dure la emergencia sanitaria. La norma no obliga a nadie a vacunarse; es más el artículo 14.2 deja meridianamente claro, en su primer párrafo, que la realización de pruebas diagnósticas y la vacunación se ajustarán a la regulación sobre consentimiento informado contenida en los artículos 8 y 9.2.a de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

El artículo 14.2 debe interpretarse conjuntamente con los apartados 1 y 3 del mismo artículo y con el artículo 15 del decreto-ley. El artículo 15.2 habilita la posibilidad de realizar cribados para detección de casos asintomáticos de covid-19 a colectivos profesionales esenciales potencialmente expuestos. Más revelador aún resulta el artículo 15.3 que contempla la posibilidad de la realización de cribados y pruebas diagnósticas de covid-19 a residentes o trabajadores de los centros y demás establecimientos residenciales de personas mayores y con discapacidad, públicos y privados; medidas de cribado y pruebas diagnósticas que, según el precepto, serán las establecidas en los documentos técnicos que se aprueben por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, por el Ministerio de Sanidad, por las autoridades autonómicas competentes en materia de salud pública o mediante Orden territorial conjunta de los departamentos competentes en materia de derechos sociales y sanidad, en su caso. El artículo 15.6 enmarca los cribados que se realicen en el ámbito laboral dentro de la vigilancia de la salud de los trabajadores llevada a cabo por parte de los servicios de prevención de riesgos laborales. En la misma dirección, el apartado 3 del artículo 14 estipula que la realización de pruebas diagnósticas se aplicará por el Gobierno de Canarias, en su condición de autoridad sanitaria, conforme a los requisitos previstos en el artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales. El apartado 1 del artículo 14 se refiere expresamente a los requisitos a los que debe ajustarse la realización de pruebas diagnósticas, en el sector público o privado y a las obligaciones de «la entidad, organización o empresa» a esos efectos, en cuanto a

indicación de la prueba, autorización y validación del laboratorio donde se realicen, medios necesarios para completar el diagnóstico y para la pruebas complementarias y notificación al centro directivo con competencias en salud pública.

Se trata pues de una medida de salud pública que eventualmente puede ser adoptada por la autoridad sanitaria canaria en un contexto de la lucha contra una enfermedad transmisible declarada, que ha causado y sigue causando graves afectaciones al derecho a la vida y al derecho a la protección de la salud, y que está pensada para prevenir y contener la transmisión de la enfermedad en determinadas actividades, en general de naturaleza laboral o profesional. En concreto, en las que los profesionales que las realizan son esenciales y se ven potencialmente expuestos, o bien en otras en las que el riesgo de la enfermedad pueda resultar especialmente grave, por la naturaleza de la actividad y las condiciones de los usuarios. Algo que desde luego ocurre en los centros residenciales de personas mayores y con discapacidad, donde la realización de pruebas para detectar casos o la exigencia de estas o la vacunación como condición previa de acceso, tanto a trabajadores como a residentes, puede resultar necesario y adecuado a efectos de prevenir el riesgo de contagios y de brotes con consecuencia graves.

Por tanto, en puridad, el decreto-ley incide de forma directa en la igualdad de trato en el acceso al trabajo u otras actividades, mientras que el derecho a la autodeterminación en el ámbito de la salud como parte del derecho fundamental a la integridad física, en el que según la jurisprudencia constitucional se inserta, en conexión con el derecho a actuar de acuerdo con las propias convicciones, resulta afectado solo de manera indirecta.

El derecho a la igualdad de trato consagrado en el artículo 14 de la Constitución, según una constante jurisprudencia constitucional, no puede resultar vulnerado en situaciones que no son comparables. Dicho de otro modo, impide tratar desigualmente a los iguales, pero permite diferencias de trato justificadas en situaciones objetivamente distintas. De esta forma, lo que debe enjuiciarse en cada caso es precisamente la objetividad y razonabilidad del criterio de diferenciación empleado (por todas, SSTC 170/1988, 33/1991, 70/1991, y 16/1994).

Aplicando estos criterios a la norma que nos ocupa, las situaciones que contempla no resultan homogéneas en cuanto a sus efectos respecto de la salvaguarda del derecho a la vida, a la integridad física y a la protección de la salud.

De acuerdo con la evidencia científica disponible, la vacuna evita o atempera considerablemente el impacto de la pandemia, al disminuir los contagios, las hospitalizaciones y las muertes, lo que supone un innegable beneficio para la salud pública y contribuye a impedir el colapso sanitario que puede implicar la consiguiente

desatención de otras enfermedades ajenas a la covid-19. El conocimiento científico también indica que la realización de pruebas diagnósticas puede ayudar a detectar de forma precoz los casos de infección y en consecuencia ser una herramienta útil en orden a prevenir la transmisión de la enfermedad cortando a tiempo las cadenas de contagios.

Asimismo, de acuerdo con el conocimiento científico acumulado en estos meses, las personas no vacunadas son potenciales transmisores de la enfermedad en mayor medida que los vacunados y exponen, en consecuencia, en mayor grado al contagio a otras personas. La transmisión de covid-19 entre los vacunados es mucho menor que en los no vacunados, no solo porque estos tienen un riesgo menor de infectarse, sino porque incluso en caso de infectarse por covid-19 la tasa de ataque secundaria –que expresa el número de casos de una enfermedad que aparecen dentro del periodo de incubación entre los contactos susceptibles- de los casos vacunados es inferior a la tasa de ataque en no vacunados.

En cuanto a la realización de cribados mediante pruebas diagnósticas o la realización de estas como condición previa de acceso a un determinado trabajo o actividad, quien las acepta contribuye a la detección precoz de los casos y quien la rechaza no.

Desde esta perspectiva, las situaciones comparables, la de los que aceptan las pruebas diagnósticas o la vacunación y la de los que la rechazan, no son iguales. Y el trato distinto, con el alcance previsto en la norma, no es irrazonable ni es desproporcionado. Por ello, la medida habilitada por el decreto-ley en su artículo 14.2 no vulnera el derecho fundamental a la igualdad, en tanto las eventuales diferencias de trato que pudieran producirse entre los que aceptan las pruebas diagnósticas o la vacunación y los que las rechazan, en el acceso a aquellas actividades o trabajos que condicionara la autoridad sanitaria, se basan en una justificación objetiva y razonable, sin que pueda estimarse discriminación según los parámetros de constitucionalidad.

SÉPTIMO. En cuanto a la incidencia indirecta sobre el derecho a la autodeterminación en el ámbito de las decisiones de salud en conexión con el derecho a la integridad física y a la libertad ideológica y de conciencia, hay que recordar que los derechos fundamentales, tal y como ha quedado razonado en los fundamentos primero y segundo, pueden limitarse en aras de garantizar otro derecho fundamental u otro bien constitucionalmente relevante.

En coherencia con ello, la Ley 41/2002 pivota alrededor del principio de que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado (artículo 8.1), pero reconoce expresamente como uno de los límites al mismo la existencia de riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas de conformidad con la Ley Orgánica 3/1986. Su artículo 9.2 a)

dispone literalmente que «los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento [...] cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas».

Hay que tener también presente que el artículo segundo de la Ley Orgánica 3/1986 apodera a las autoridades sanitarias competentes para adoptar «medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad». Además, en virtud de su artículo tercero, y como extensamente ya se ha razonado, las autoridades sanitarias pueden adoptar las medidas que se consideren necesarias para evitar el riesgo de contagio de una enfermedad transmisible y controlar esta cuando lo exijan razones sanitarias y de salud pública de urgencia o necesidad.

Se concluye que, si bien la actual legislación en España no prevé la obligación general de vacunarse frente a enfermedad alguna, el marco jurídico vigente permite, desde mucho antes de la aprobación de Decreto-ley 11/2021, de 2 de septiembre, de Canarias, que la autoridad sanitaria (en este caso autonómica) establezca la vacunación obligatoria para un grupo de personas, o bien requisitos especiales para unos determinados profesionales para el ejercicio de su actividad, por ejemplo por su especial exposición o por su condición de posibles transmisores a personas especialmente vulnerables en función de la naturaleza de su trabajo o de la actividad que desempeñen, con el fin de evitar el riesgo de transmisión de una enfermedad infecciosa, siempre que concorra una situación sanitaria con grave riesgo para la salud pública y los derechos a la vida, la integridad física y la salud de los demás, y se justifique que tal vacunación resulta una medida necesaria, idónea y proporcionada a fin de evitar los contagios y salvaguardar los otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos.

Todo ello con el debido respeto a la legislación y coordinación estatales y la necesaria ratificación judicial. No se olvide en este punto que, tanto antes como después de la norma legal autonómica que se examina, aquellas medidas adoptadas por la Administración sanitaria que puedan implicar restricción de la libertad o de otro derecho fundamental requieren de ratificación judicial y que así lo recoge también el decreto-ley que se examina (artículo 19 del Decreto-ley 11/2021).

En definitiva, el Decreto ley 11/2021 de la Comunidad Autónoma de Canarias no ha añadido en este aspecto nada distinto a las habilitaciones y apoderamientos a las

autoridades sanitarias autonómicas que ya estaban establecidas en el marco jurídico estatal previo.

Se trae a colación, a modo de ejemplo, que en las Illes Balears está vigente la obligación impuesta a los profesionales del tatuaje (micropigmentación estética) de vacunarse contra el tétanos y la hepatitis B, regulada en el artículo 11 a) del Decreto de Illes Balears 43/2003, de 2 de mayo. La obligación impuesta en el citado decreto autonómico hace referencia al riesgo potencial de transmisión de enfermedades a través de la sangre asociado a estas prácticas, y al fin de minimizar estos riesgos, y también alude al artículo 43 de la Constitución que reconoce el derecho de todos los ciudadanos a la protección de la salud y la competencia de los poderes públicos para organizar y tutelar la salud pública, así como a los artículos 6.1, 18.5 y 25.2, de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, entre otros, que establecen que las administraciones públicas sanitarias han de velar y garantizar la protección de la salud de todos los ciudadanos, regulando en su artículo 24 la intervención de los órganos competentes en las actividades públicas o privadas, que directa o indirectamente, puedan tener consecuencias negativas para la salud. Previsiones de la Ley General de Sanidad, completadas hoy en día por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, en cuanto a las posibilidades de intervención preventiva por parte de las autoridades sanitarias para aquellas actividades públicas o privadas que puedan entrañar, directa o indirectamente, consecuencias negativas para la salud.

Otro ejemplo de la aplicación del marco jurídico más arriba descrito sucedió en 2010 en un barrio de Granada donde se produjo un brote de sarampión. Al fomentar la vacunación urgente, la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía constató que había niños cuyos padres se negaban a vacunarlos. Por ello, era previsible que el virus del sarampión siguiese circulando en la comunidad y no fuera posible evitar que se contagiasen tanto los niños muy pequeños que no tenían edad para ser vacunados como los enfermos con inmunodepresión que no se podían vacunar. Es decir, se precisaba la vacunación general para proteger a los más frágiles, en un brote que al final afectó a casi 300 personas. La Consejería de Sanidad de la Junta de Andalucía solicitó al juez la vacunación obligatoria de los menores cuyos padres no querían inocular la vacuna a sus hijos, lo que el juez autorizó tras sustentar su decisión en la Ley Orgánica 3/1986 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre límites a derechos fundamentales, al considerar que perseguía «un fin constitucionalmente legítimo; que su adopción se encuentra amparada por una norma de rango legal; y que existe proporcionalidad de la medida de manera que es idónea y necesaria a los fines constitucionalmente legítimos que se pretenden, sin implicar un sacrificio desmedido» (Auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 5 de Granada, del 24 de noviembre de 2010).

OCTAVO. La evaluación de la proporcionalidad en sentido amplio de la medida, aspecto también aludido por la interesada, exige valorar si la medida resulta adecuada, idónea y apta para alcanzar el fin que se propone (i), si la medida es necesaria al no haber otra menos intensa que alcance el mismo resultado (ii), y si es proporcionada en sentido estricto al no resultar excesiva con relación al interés que protege dicha actuación (iii).

En cuanto a la idoneidad y necesidad de la medida, el conocimiento científico disponible, sintetizado más arriba en el fundamento jurídico sexto, indica que resultaría adecuada y acorde con las exigencias derivadas de protección de la salud. Con el artículo 14.2 del Decreto-ley 11/2021 de Canarias, las personas pueden decidir no vacunarse o rechazar las pruebas diagnósticas, pero si pretenden desempeñar actividades o trabajos en determinados ámbitos, esenciales, potencialmente expuestos o en los que los usuarios de los servicios sean especialmente vulnerables, han de aceptar limitaciones a estos derechos en garantía de no transmitir la infección a los demás en ese momento (los que no aceptan las pruebas diagnósticas) o durante mayor tiempo y grado (quienes no están vacunados), en especial a aquellos más vulnerables por razones de edad o condiciones de salud previas.

No es preciso que la medida impida de modo absoluto cualquier tipo de contagio, es decir, que resulte infalible, para que resulte idónea y adecuada. Para la determinación de la idoneidad y necesidad de la medida es bastante que la misma resulte eficaz, y apropiada para alcanzar la finalidad de protección de la vida y la salud, lo cual a juicio de esta institución concurre en el precepto cuestionado.

En cuanto a la proporcionalidad estricta, el beneficio de la medida, respecto de la reducción significativa de los contagios en entornos laborales o actividades especialmente expuestos a la transmisión, es muy superior al sacrificio que comporta. Tanto el derecho de igualdad en el acceso al trabajo y a determinadas actividades, como el derecho de rechazo de la prueba diagnóstica o eventualmente de la vacunación, proyectan una tenue intensidad cuando se enfrentan con la poderosa presencia de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física, y con la protección de la salud pública, que en este caso se engarza directamente con el interés general de superar las gravísimas circunstancias causadas por la pandemia.

No debe olvidarse en este sentido que la medida reviste un carácter temporal, como todas las demás previstas en el decreto-ley, y que estará en vigor únicamente hasta que sea declarada la finalización de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la covid-19 en el ámbito nacional (artículo 2 del Decreto-ley 11/2021).

La medida, a juicio del Defensor del Pueblo, no tiene por finalidad privar de la titularidad del derecho, suprimirlo, negar su existencia o modificar su contenido, sino modificar durante un tiempo delimitado y en unas circunstancias determinadas algunas

condiciones de su ejercicio, de la forma mínima posible, proporcionada y adecuada al fin buscado.

NOVENO. Por último, respecto a la similitud que encuentra la solicitante entre el artículo 14.2 del Decreto-ley 11/2021 y la medida 5ª del artículo 38.2.b) de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia, en la redacción dada por el apartado cinco del artículo único de la Ley 8/2021, de 25 de febrero, es necesario precisar que esta última no ha sido declarada inconstitucional. La admisión a trámite por el Tribunal Constitucional de un recurso de inconstitucionalidad frente a una norma con rango de ley no se corresponde con una declaración de inconstitucionalidad. Es únicamente señal de que no ha considerado manifiestamente infundado el recurso, sin que ello signifique que vaya a acabar encontrando la norma contraria a la Constitución.

El 22 de abril de 2021 el Pleno del Tribunal Constitucional admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 1975-2021, interpuesto por el presidente del Gobierno contra el apartado cinco del artículo único de la Ley de Galicia 8/2021, en cuanto a la nueva redacción del artículo 38.2 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia, en el que se invocaba el artículo 161.2 de la Constitución, lo que produjo de forma automática la suspensión de la vigencia y la aplicación del precepto impugnado desde la fecha de interposición del recurso, es decir desde el 6 de abril de 2021.

Tras las alegaciones del letrado de la Xunta de Galicia y del letrado oficial mayor del Parlamento de Galicia, el 20 de julio de 2021 el Tribunal Constitucional dictó un auto por el que acordó mantener la suspensión de lo dispuesto en la medida 5ª del artículo 38.2.b) de la Ley 8/2008, de 10 de julio, en la redacción dada por el apartado cinco del artículo único de la Ley 8/2021, de 25 de febrero, y levantar la suspensión que afectaba al resto de lo dispuesto en el precepto. Tras lo anterior, a finales de julio de 2021, se anunció que el presidente del Gobierno retiraba el recurso de inconstitucionalidad.

Por otra parte, el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 23 de junio de 2021, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 2901-2021, de 10 de mayo, promovido por cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso, contra el discutido precepto (artículo único, apartado cinco, de la Ley gallega 8/2021, de 25 de febrero).

Cualquiera que sea el pronunciamiento que finalmente realice el Tribunal Constitucional, debe de advertirse que la declaración de inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley se circunscribe únicamente a esta y no afecta a otras leyes o normas con fuerza de ley. Debe esta institución además señalar que el tenor de los preceptos legales canario y gallego no es ni mucho menos el mismo y que en consecuencia tampoco lo es ni su alcance ni sus efectos.

RESOLUCIÓN

De acuerdo con lo razonado, el Defensor del Pueblo, oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, previa la oportuna deliberación y con pleno respeto a cualquier opinión discrepante, resuelve no interponer el recurso de inconstitucionalidad solicitado contra el segundo párrafo del artículo 14.2 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.

5.2 SOLICITUDES DE RECURSO DE AMPARO

En el ejercicio 2021 se presentaron al Defensor del Pueblo 42 solicitudes de interposición de recurso de amparo.

Se referían a la Sentencia del Tribunal Supremo 463/2019, de 11 de septiembre, de la Sala de lo Civil, 27 de ellas. Por tanto, puede decirse que las solicitudes de interposición se circunscribieron a 16 asuntos.

Dichas solicitudes traían causa de ocho procesos judiciales (uno civil, dos penales, dos contencioso-administrativos y tres sociales), seis actuaciones en vía administrativa, una norma con rango de ley y un acuerdo de la mesa del Congreso de los Diputados sobre un proyecto de ley.

Puede observarse, simplemente con la relación que antecede, la manifiesta improcedencia de varias de las solicitudes, bien por referirse a una sentencia antigua, bien a norma con rango de ley, bien a actuaciones administrativas sin agotamiento de la vía judicial previa. En otros casos se ha constatado el no agotamiento de la vía judicial previa, la solicitud fuera de plazo o la falta de trascendencia constitucional del asunto.

Sobre este último inciso tiene completa actualidad lo que se decía en el Informe anual 2019:

«Cuando los ciudadanos se dirigen al Defensor del Pueblo con el propósito de que éste interponga recurso de amparo (lo que pueden llevar a cabo por sí mismos si han sido parte en el proceso precedente) y con el fin de poder valorar adecuadamente las peticiones y, sobre todo, la viabilidad procesal y de fondo de las mismas, es conveniente aportar toda la información necesaria para justificar el agotamiento de la vía judicial y trasladar argumentaciones no solo sobre la importancia del caso –que sin duda la tiene si un ciudadano ha decidido dirigirse al Defensor del Pueblo- sino sobre su «especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales»; ello resulta imprescindible para coadyuvar al éxito de una eventual interposición de recurso de amparo por el Defensor del Pueblo, dado el mínimo porcentaje de admisiones a trámite de estos recursos por el Tribunal Constitucional».

Ha de tenerse en cuenta que, como dice la Memoria 2020 del Tribunal Constitucional, página 56, «del total de decisiones sobre admisión y tramitación adoptadas a lo largo del año en materia de amparo (7.098, cifra que resulta de la suma de las providencias de admisión, en su caso los autos de admisión en súplica, los autos y las providencias de inadmisión y los autos y las providencias de terminación de asuntos),

el 3,10 por 100 dio lugar a la tramitación de los recursos de amparo para su posterior resolución por sentencia y el restante 96,90 por 100 supuso el archivo del recurso».

Dado que quienes han sido parte en el proceso judicial pueden acceder al Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo, es criterio del Defensor del Pueblo hacer uso de su legitimación no para suplir o coadyuvar lo que los restantes sujetos legitimados pueden llevar a cabo; habría de evidenciarse la imposibilidad o especial dificultad de cualquier otro sujeto legitimado para ejercitar la acción. Se considera que tal circunstancia no se produce en aquellos supuestos en los que se solicita el ejercicio de la legitimación frente a resoluciones jurisdiccionales que agotan la vía judicial por personas legitimadas para ejercerla que han dispuesto de representación procesal y asistencia letrada en el proceso o los procesos previos y están en razonables condiciones de ejercitar en propio nombre la acción que solicitan.

No puede descartarse, por otra parte, que el Defensor del Pueblo pudiera promover el recurso de amparo en casos muy excepcionales, en supuestos en los que se aprecie una especial trascendencia constitucional -y se cumplan el conjunto de requisitos procesales- con el objetivo, fundamentalmente, de contribuir al establecimiento de doctrina constitucional cuando esta es inexistente, o bien cuando surgen fenómenos sociales nuevos que exigirían, a criterio de esta institución, nuevos tratamientos jurídicos.