

RESOLUCIÓN ADOPTADA POR EL DEFENSOR DEL PUEBLO (E.F.) CON MOTIVO DE LA SOLICITUD DE INTERPOSICIÓN DE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA 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

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 JURÍDICOS

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 5; 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.

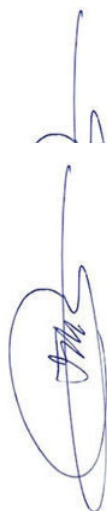
Del contenido del artículo 12 de la Ley 4/1981 se deriva que, sin perjuicio de las medidas contenidas en la declaración de un estado de alarma, las autoridades sanitarias competentes, estatales o autonómicas, pueden acordar durante la vigencia del mismo otras previstas en la legislación sanitaria; se 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, 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 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.

Madrid, 21 de mayo de 2021

Francisco Fernández Marugán
Defensor del Pueblo (e.f.)