

Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo, el 3 de diciembre de 2021, con motivo de la solicitud de interposición de 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 la gestión de la pandemia de COVID-19 en Canarias

(Boletín Oficial de Canarias (extraordinario), núm. 183, de 6 de septiembre de 2021)

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 a 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 la 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 5ª 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 JURÍDICOS

PRIMERO. La solicitante del recurso invoca la vulneración de la reserva de la 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 14.20 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 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; FFJJ7 y 8, y 2/1982, FJ5, 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 1, 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 1, 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, FJ13, 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 de estas situaciones tan 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 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 esta 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 limite derechos fundamentales cuyos destinatarios no estén identificados individualmente requiere 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 concurra 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 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 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 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.