

Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo (e.f.), 21 de marzo de 2019, con motivo de la solicitud de la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia.

(Diari Oficial de la Generalitat Valenciana, núm. 8450, de 24 de diciembre de 2018).

ANTECEDENTES

PRIMERO. Mediante escrito que tuvo su entrada en esta institución el día 12 de febrero de 2019, la Federación Católica de Asociaciones de Padres de Alumnos de Valencia (FCAPA), la Fundación San Vicente Mártir -Colegios Diocesanos y la Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir (UCV), solicitan del Defensor del Pueblo el ejercicio de su legitimación para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 3.9, 19, 30.1, 36.3, 38 y 41, así como las disposiciones finales 1ª y 3ª de la Ley valenciana 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia, publicada en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana número 8450, correspondiente al día 24 de diciembre de 2018.

FCAPA, la Fundación San Vicente Mártir-Colegios Diocesanos y UCV desarrollan siete motivos de inconstitucionalidad que, en puridad, han de considerarse seis ya que el motivo primero es un planteamiento de carácter crítico general con la Ley 26 / 20181 introductorio del resto de la solicitud y cuyo contenido se ciñe a cuestiones de legalidad, no de constitucionalidad, y a presuntas deficiencias de la técnica legislativa empleada. Esta institución no entrará pues a examinar este motivo.

SEGUNDO. En el motivo II de su escrito los solicitantes estiman inconstitucional el artículo 3.9 de la Ley 26/2018, de 21 de diciembre, por vulneración de los artículos 1.1, 10.1, 14, 16, 20 y 39 CE, al introducir la perspectiva de género en el diseño, desarrollo y evaluación de las medidas que se adopten en las políticas públicas en relación con la infancia y la adolescencia.

En el motivo III entienden los solicitantes inconstitucional el artículo 19 de la Ley valenciana 26/2018, relativo a la libertad ideológica, de conciencia y religión, ya que, a su juicio, vulnera los artículos 81 y 149.1.8ª CE, en conexión con la disposición final 21ª.3 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Consideran que la ley autonómica establece unas obligaciones para los representantes legales de los menores, no previstas en la legislación orgánica.

En el motivo IV, esgrimen que el artículo 30.1 de la Ley valenciana 26/2018, relativo al derecho a la información de los menores de edad, sería inconstitucional de nuevo por vulneración de los artículos 81 y 149.1.8ª CE y del artículo 5.2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, en conexión con la disposición final 21ª.3, al invadir materias reservadas a ley orgánica y la competencia estatal.

En el motivo V, FCAPA, la Fundación San Vicente Mártir-Colegios Diocesanos y UCV cuestionan la constitucionalidad del artículo 36.3, de la Ley valenciana 26/2018, sobre información relativa al estado de salud, diagnóstico y tratamiento, por estimar que contradice y es menos garantista que el artículo 4.1 de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Estiman, asimismo, en el motivo VI de su solicitud, que el artículo 38 de la Ley 26/2018, relativo a la educación afectivo-sexual, vulnera el artículo 27 CE.

En el motivo VII, FCAPA, la Fundación San Vicente Mártir-Colegios Diocesanos y UCV estiman inconstitucional el artículo 41 de la Ley 26/2018 porque, según alegan, la interrupción del embarazo no es un derecho sino una prestación sanitaria para una casuística legal cuyas condiciones son de carácter orgánico al amparo del artículo 81 CE, al estar determinadas en el capítulo I del Título II de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, y carecer la Comunitat Valenciana de competencia para calificar el aborto como tal.

En el motivo VIII consideran los comparecientes, inconstitucional la disposición final 1ª de la Ley 26/2018, que modifica el artículo 55 de la Ley 14/2008 de asociaciones de la Comunitat Valenciana, relativo a las «asociaciones infantiles y juveniles», por vulneración de la Ley Orgánica del Derecho de Asociación y la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

Por último, cuestionan, en el motivo IX de su solicitud, la disposición final tercera de la Ley 26/2018, que modifica el artículo 43 de la Ley 10/2014, de salud de la Comunitat Valenciana, en lo que se refiere al consentimiento informado, porque, en su opinión, contradice legislación básica estatal, infringiendo el artículo 149.1.16ª CE y por tanto la distribución constitucional de competencias.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Las asociaciones comparecientes consideran inconstitucional el artículo 3.9 de la Ley valenciana 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia, cuyo tenor literal es el siguiente:

«3. Son principios rectores de las políticas públicas en relación con la infancia y la adolescencia los siguientes:

(...)

9. La introducción de la perspectiva de género en el diseño, desarrollo y evaluación de las medidas que se adopten en esta materia».

A juicio de los solicitantes de la interposición del recurso el mandato constitucional de neutralidad implica que no haya perspectivas predominantes o privilegiadas por parte de las instituciones públicas, ya que, en caso contrario, se estaría en contra del pluralismo, la libertad ideológica y el libre desarrollo de la personalidad de los menores. En su opinión, cuando por imperativo legal se introduce la perspectiva de género en todas las políticas públicas relacionadas con la infancia y adolescencia, se impone un concreto punto de vista ético-moral y antropológico de la persona y se descartan otras perspectivas en materia afectivo sexual.

Sin embargo, ha de señalarse que, según una ya consolidada doctrina constitucional, los poderes públicos, en cumplimiento del mandato del artículo 9. 2 CE, pueden adoptar medidas de trato diferenciado de ciertos colectivos en aras de la consecución de fines constitucionalmente legítimos, promoviendo las condiciones que posibiliten que la igualdad de los miembros que se integran en dichos colectivos, sean reales y efectivas o removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (STC 69/2007, de 16 de abril).

Como ha señalado la STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, la justificación de medidas positivas está basada «en la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 CE), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 CE) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 CE)».

Por tanto, la introducción de la perspectiva de género en las políticas públicas en relación con la infancia y la adolescencia en la Ley 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia, debe inscribirse en la línea del mandato a los poderes públicos que el constituyente recogió en el artículo 9.2 CE, de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, apoyándose en la interpretación que ha hecho el Tribunal Constitucional de la cláusula antidiscriminatoria del artículo 14 CE, en la que se incluye la discriminación por razón de la orientación sexual.

SEGUNDO. Exponen los solicitantes que el artículo 19 de la Ley valenciana 26/2018, relativo a la libertad ideológica, de conciencia y religión vulnera los artículos 81 y 149.1.8ªCE, en conexión con la disposición final 21ª.3 de la Ley Orgánica de Protección

Jurídica del Menor, al invadir materias reservadas a ley orgánica y de competencia estatal.

Debe advertirse que cuando el debate sobre la legitimidad constitucional de una norma o precepto se circunscribe a la defensa del orden competencial, entiende la institución que quienes son titulares de las competencias supuestamente afectadas y tienen legitimidad para iniciar acciones en su defensa son los que deben actuar, lo que haría posible además la previa utilización del mecanismo de resolución de conflictos competenciales previsto en el artículo 33.2 de la Ley Orgánica 2/1979, del Tribunal Constitucional.

Solamente en el supuesto de que la eventual inacción de los presuntos titulares de la competencia pudiera suponer un riesgo para el legítimo y pleno ejercicio de los ciudadanos, de los derechos y libertades que la Constitución les reconoce, procedería la actuación, digámoslo así, subsidiaria del Defensor del Pueblo, mediante el recurso de inconstitucionalidad contra la norma competencial que pudiera producir tal efecto.

La interposición de recurso por razones competenciales no estaría justificada en el presente caso, ya que los preceptos cuestionados no incurren, a juicio de esta institución, en tal infracción constitucional que se les adjudica, tal y como se argumenta en el Fundamento Jurídico que nos ocupa y en los Fundamentos Jurídicos Tercero, Cuarto, Sexto, Séptimo y Octavo de la presente resolución.

Entrando en el primer motivo alegado de esta naturaleza, el artículo 19 de la Ley 26/2018 dispone en efecto que «las personas progenitoras y tutoras, en el desempeño de su derecho y deber de cooperar en el ejercicio del derecho de niños, niñas y adolescentes a la libertad de ideología, conciencia y religión, escucharán sus opiniones, fomentarán el desarrollo de un criterio propio y respetarán sus convicciones».

En virtud del artículo 81 CE son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas; el artículo 149.1.8ª atribuye la competencia exclusiva al Estado sobre legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan; la disposición final 21ª.3 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor dispone que sus preceptos no orgánicos se aplicarán «sin perjuicio de la normativa que dicten las comunidades autónomas con competencia en materia de Derecho Civil, Foral o Especial ».

Consideran los comparecientes que la Generalitat valenciana carece de competencia para regular derechos que son competencia exclusivamente estatal; en concreto, el artículo 6 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, relativo a la libertad ideológica, dispone que «1. El menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión. 2. El ejercicio de los derechos dimanantes de esta libertad tiene únicamente

las limitaciones prescritas por la ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás. 3. Los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral». Entienden que la ley autonómica establece un plus de obligaciones para los representantes legales de los menores (escuchar sus opiniones, fomentar el desarrollo de un criterio, respetar sus convicciones) que no tendrían sentido sin la madurez suficiente del menor de edad; en definitiva, el artículo 19 de la ley autonómica limitaría, a su juicio, el ejercicio de la patria potestad frente a la ley estatal que trata sobre lo mismo.

El análisis de la posible vulneración de los artículos 81 y 149.1.8ª exige responder a dos cuestiones; la primera, si el artículo 6 de la Ley de Protección Jurídica del menor tiene naturaleza orgánica; la segunda si la Comunitat Valenciana puede legislar en la materia en que lo ha hecho pese a lo dispuesto en el artículo 149.1.8ª CE.

La primera cuestión debe responderse de forma afirmativa: el artículo 6 de la Ley de Protección Jurídica del Menor tiene naturaleza orgánica. Así se establece de forma indubitable en la disposición final vigésima tercera: al enumerarse el elenco de los artículos con rango de ley ordinaria (1, 5, apartados 3 y 4, 7, apartado 1, etcétera) en el que no se incluye el artículo 6.

La segunda cuestión debe responderse de forma también afirmativa: la Comunitat Valenciana tiene entre sus objetivos la «protección específica del menor» (artículo 10.3 del Estatuto valenciano). También tiene, por otra parte, competencia exclusiva para la conservación, desarrollo y modificación del derecho civil foral que le es propio (artículo 49.1.2ª del Estatuto valenciano). No resulta por ello extraño que haya promulgado esta ley que sucede a la Ley 12/2008, de 3 de julio, de la Generalitat, de protección integral de la infancia y la adolescencia.

Debemos plantearnos si, desde la premisa de que cabe que la Comunitat Valenciana legisle para la «protección específica del menor», lo ha hecho en contradicción con la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Ha de ponerse de relieve, de nuevo, que no es lo más relevante para esta institución verificar si la Comunitat Valenciana se ha extralimitado en sus competencias, sino más bien si ha legislado en contra de los derechos del menor.

En respuesta, debe afirmarse que, a juicio de esta institución, no ha habido tal extralimitación. Es doctrina constitucional consolidada que 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.

El Tribunal Constitucional, desde la STC 5/1981, ha aplicado un criterio estricto o restrictivo para determinar el alcance de la reserva de ley orgánica y ello tanto en lo referente al término «desarrollar», como a «la materia» objeto de reserva. Requiere ley

orgánica únicamente la regulación de un derecho fundamental o de una libertad pública que desarrolle la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental, ya sea en una regulación directa, general y global del mismo o en una parcial o sectorial, pero, igualmente, relativa a aspectos esenciales del derecho [STC 6/1982, FJ 6; STC 67/1985, STC 140/1986, STC 160/1987 y STC 127/1994, FJ 3b)]. La STC 132/1989 (FJ 16) afirma que lo que está constitucionalmente reservado a la ley orgánica es «la regulación de determinados aspectos esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegida s». Esta doble referencia a «aspectos esenciales» y al «establecimiento de restricciones o límites» se halla también en las SSTC 88/1995, FJ 4º; 140/1986, FJ 5 y 101 /1991, FJ 2.

Así pues, el artículo. 81.1 CE reserva al Estado la regulación de los aspectos esenciales, el desarrollo directo del derecho fundamental considerado en abstracto o «en cuanto tal», en tanto que se atribuye la regulación de la «materia» sobre la que se proyecta el derecho al legislador ordinario, estatal o autonómico, con competencias sectoriales sobre la misma (SSTC 127/1994, 61/1997, STC 67/1985 y 157/1992, y STC 173/1998). La Comunitat Valenciana puede por tanto regular, en principio, numerosos aspectos de la libertad ideológica, de conciencia y religión, de los menores, esto sí, sin entrar en contradicción con la ley orgánica estatal correspondiente.

Sentado lo anterior, debe precisarse que lo que regula la ley autonómica es el rol de progenitores y tutores respecto a esa libertad. El Tribunal Constitucional ha distinguido desde la STC 197/1991, FJ 4, entre titularidad y ejercicio, en la medida en que nuestra jurisprudencia constitucional considera a los menores como titulares de los derechos fundamentales y libertades públicas, teniendo en cuenta que estos no pueden ejercitar por si solos todo su contenido durante el amplio periodo de la minoría de edad. Por ello, es posible y en ocasiones imprescindible modular el ejercicio por el menor del derecho fundamental, dando entrada a distintas modalidades de heteroejecución, de ordinario a través de los padres o tutores. Esa modulación habrá de efectuarse atendiendo, entre otros factores, a la naturaleza del derecho fundamental de que se trate, y a la edad y grado de madurez del menor. Estos dos últimos son los criterios empleados por el Código Civil en sus artículos 154 y siguientes e irradian todo nuestro ordenamiento jurídico. También figuran en el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, a tenor del cual los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de la edad y madurez, indicándose también que «con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de

un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional».

En sentido similar al expresado, el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor indica que «el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez». Por su parte, el artículo 9.2 de la misma Ley dispone que «Se considera, en todo caso, que [el menor] tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos». La exposición de esos preceptos es una muestra de que la participación del menor en el ejercicio de sus propios derechos puede ser de diferente alcance en función de las circunstancias de edad y madurez que concurren en él. En su caso, la heteroejecución asegura la máxima efectividad posible del concreto derecho fundamental del que es titular el menor, y permite a la par el cumplimiento del mandato tuitivo a que se refiere el artículo 39 CE (STC 31/2018, de 10 de abril, FJ 7).

A juicio de esta institución, lo que los solicitantes de recurso al Defensor del Pueblo llaman «condicionar o limitar» el contenido de los derechos fundamentales de los menores a la libertad de ideología, conciencia y religión, es una especificación de previsiones y principios que ya existen en la legislación estatal e internacional, a las que no contradice. Es claro, por una parte, que cualquier previsión ha de modularse en función de la madurez de la persona en situación de minoría de edad (período de tiempo que cubre 18 años en los que la evolución es muy intensa). Y, por otra, que los conceptos de «escucha», «fomento del desarrollo de un criterio propio» y «respeto a las convicciones» (que es el alegado «plus» que tendría la legislación autonómica con respecto a la estatal) están también, con diversas expresiones, en la Convención de Derechos del Niño, en la Constitución y en los principios de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, siquiera porque son elementales consecuencias concretas del debido respeto a la dignidad de la persona (mayor o menor) que es fundamento del orden político y de la paz social (artículo 10.1 de la CE). Nada hay, pues, contrario al reparto constitucional de competencias ni -lo que es más importante para el Defensor del Pueblo- a los derechos del menor.

TERCERO. El artículo 30.1 de la Ley valenciana 26/2018 determina que «Con el fin de contribuir al ejercicio del derecho de los niños, niñas y adolescentes a buscar, recibir y utilizar información, la Generalitat, mediante su servicio público audiovisual, debe ofrecer contenidos informativos en formato accesible y amigable para la infancia y la adolescencia. La Generalitat debe velar para que la información que reciban los niños, las niñas y los adolescentes sea veraz, plural y respetuosa con los principios contenidos

en la Constitución, el Estatuto de autonomía de la Comunitat Valenciana y el resto del ordenamiento jurídico.»

Según FCAPA, la Fundación San Vicente Mártir-Colegios Diocesanos y UCV esta materia está reservada y regulada por la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor. Además, al no reproducir el contenido de su artículo 5.2, en donde se establece que «Los padres o tutores y los poderes públicos velarán porque la información que reciban los menores sea veraz, plural y respetuosa con los principios constitucionales», se estaría excluyendo a los padres del deber de velar por que la información que reciban sus hijos sea veraz y plural, y limitando ese deber única y exclusivamente a la Generalitat Valenciana, en perjuicio del artículo 81 CE y de la institución de la patria potestad de los legales representantes de los menores.

Al respecto, de acuerdo con el artículo 56.1.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana, corresponde a la Generalitat, en el marco de las normas básicas del Estado, el desarrollo legislativo y la ejecución del régimen de radiodifusión y televisión y del resto de medios de comunicación en la Comunitat Valenciana. La Generalitat podrá regular, crear y mantener televisión, radio y demás medios de comunicación social, de carácter público, para el cumplimiento de sus fines.

De ahí que deban traerse a colación los argumentos expuestos en el Fundamento Jurídico anterior respecto a que las materias reservadas a la ley orgánica son solo las que desarrollan aspectos esenciales del derecho en tanto que tal y no las materias conexas, como sería este el caso dado que se refiere a la información ofrecida por el servicio público audiovisual autonómico, sin que pueda entenderse, por lo demás, que los deberes impuestos a la Generalitat excluyan los que el artículo 5.2 de Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor exige a los padres y tutores.

CUARTO. FCAPA, la Fundación San Vicente Mártir-Colegios Diocesanos y UCV cuestionan también la inconstitucionalidad del artículo 36.3 de la Ley 26/2018, según el cual «Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a recibir información sobre su estado de salud, diagnóstico y tratamiento. Para ello, se debe utilizar un lenguaje comprensible y accesible a su capacidad de entendimiento y su situación emocional».

De acuerdo con el artículo 4.1 de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica: «Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley».

Entienden los comparecientes que la norma básica estatal es más garantista al referirse a toda la información disponible sobre cada actuación posible en el ámbito de su salud, mientras que la ley autonómica solo obliga al facultativo a informar sobre el

diagnóstico y el tratamiento, pero no obliga a informar de las actuaciones que posibilitan la elección del paciente de sus riesgos y de sus consecuencias, lo que estiman inconstitucional.

No puede compartir esta institución tal apreciación porque la norma autonómica hace referencia al estado de salud en general y al tratamiento (lo que implica información asistencial sobre las opciones posibles), porque la circunstancia de que una norma no recoja literalmente lo dispuesto en otra no quiere decir que la contradiga ni vulnere, y porque es fácil y posible una interpretación conjunta integradora de ambas leyes, la autonómica y la básica estatal.

QUINTO. Se cuestiona asimismo la constitucionalidad del artículo 38 de la Ley 26/2018 de 21 de diciembre de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia, cuyo tenor literal es el siguiente:

«Las consellerías competentes en materia de educación y salud pública, de manera conjunta y coordinada, proporcionarán a las personas menores de edad una educación afectivo-sexual que les permita desarrollar las habilidades y actitudes necesarias para tomar decisiones informadas en este ámbito, reconociendo el derecho a la sexualidad. Las acciones educativas se desarrollarán preferentemente en el ámbito escolar y adoptarán una perspectiva inclusiva y de género, reconociendo la diversidad afectivo-sexual, y atendiendo especialmente a personas con diversidad funcional o discapacidad y a otros colectivos que requieran una actuación educativa compensatoria».

El cuestionamiento del precepto se centra fundamentalmente en la posible vulneración del artículo 27 CE y en particular respecto del derecho que asiste a los padres, que debe ser garantizado por los poderes públicos, para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (27.3 CE).

Es notorio, y así lo ha expresado esta institución dando respuesta a otras solicitudes anteriores de interposición de recursos de inconstitucionalidad materialmente próximas a la presente, que las cuestiones relativas a la sexualidad y a sus manifestaciones personales y afectivas, son desde hace bastante tiempo objeto de debate desde diferentes posiciones filosóficas y religiosas. Las posiciones ideológicas y éticas sobre estos temas son muy variadas y con frecuencia incompatibles y excluyentes entre sí. Se trata pues de un asunto en el que el debate social es intenso y en el que la opinión se encuentra dividida. En línea con este ámbito de conflicto, las entidades solicitantes de recurso expresan su desacuerdo con las indicaciones que da el legislador en el precepto cuestionado a las consellerías competentes en materia de educación y salud pública respecto de la educación afectivo-sexual de los menores y del contenido de las acciones educativas que al respecto se promuevan.

Esta institución ha venido insistiendo, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, en que la educación, a la que todos tienen derecho y cuya garantía

corresponde a los poderes públicos como tarea propia, no se contrae a un proceso de mera transmisión de conocimientos [cfr. art. 2.1.h) LOE], sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos [cfr. artículo 2.1.a) LOE] y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural [cfr. art. 2.1 d) y k) LOE] en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros [cfr. art. 2.1.b), c) LOE]. En una sociedad democrática el objetivo y alcance de la educación no se limita, pues, a la transmisión de conocimientos, sino que también comprende la transmisión de valores comunes y normas de convivencia. Ello ha de ser así porque las sociedades que revisten tal carácter han de compartir una serie de valores ante los cuales los estados y los poderes públicos no permanecen neutrales, so pena de hacer inviable el propio sistema democrático. La transmisión de valores, que tiene como objeto el pleno desarrollo de la personalidad en el respeto a los principios democráticos, delimita por tanto el alcance del derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación de acuerdo con sus convicciones, sin que sea admisible que dichas convicciones puedan condicionar la opción educativa que aspira a formar a los alumnos en los valores a los que se ha hecho referencia.

Esta interpretación está avalada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), entre otras, en su Sentencia de 7 diciembre 1976, Caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, en el que se invocaba lo dispuesto en el artículo 2 del Protocolo número 1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales según el cual «A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza, conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas». El caso trataba, como es sabido, del desacuerdo de padres de alumnos con las iniciativas del Gobierno danés de impartir contenidos de educación sexual a los alumnos y sobre el derecho de los padres a que se les educase de acuerdo con sus convicciones.

Al respecto en el párrafo 53 de la sentencia citada se dice, tras afirmar que «la definición y la elaboración del programa de estudios son, en principio, competencia de los Estados contratantes», que «la segunda frase del artículo 2 del Protocolo no impide a los Estados difundir, mediante la enseñanza o la educación, informaciones o conocimientos que tengan, directamente o no, carácter religioso o filosófico», afirmando a continuación que la previsión reseñada «no autoriza, ni siquiera a los padres, a oponerse a la integración de tal enseñanza o educación en el programa escolar, sin lo cual cualquier enseñanza institucionalizada correría el riesgo de mostrarse impracticable».

A juicio del Tribunal esta interpretación se concilia a la vez con la primera frase del artículo 2 del Protocolo, con los artículos 8 a 10 del Convenio (derecho al respeto de la vida privada y familiar; libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; y libertad de expresión, respectivamente) y con el espíritu general de este, destinado a proteger y promover los valores de una sociedad democrática.

Ahora bien, el reconocimiento del derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación acorde con sus convicciones implica, en palabras del TEDH en la misma sentencia, que el Estado, al cumplir las funciones por él asumidas en materia de educación y enseñanza «vela por que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista». Se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada como no respetuosa de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Aquí se encuentra el límite que no debe ser sobrepasado.

En consecuencia, para valorar la viabilidad o, si se prefiere, la procedencia de la solicitud de recurso en el presente caso, habrá de comprobarse si ese límite se supera o si por el contrario las previsiones de la norma están amparadas por el derecho de todos a la instrucción y pueden incluirse en el marco de las funciones que corresponden a las autoridades públicas en el campo de la educación y la enseñanza.

Desde esta perspectiva resulta a juicio de esta institución constitucionalmente lícito el objeto de la norma que no es otro que proporcionar de manera objetiva, crítica y pluralista «a las personas menores de edad las habilidades y actitudes necesarias que les permitan tomar decisiones informadas» en el ámbito afectivo-sexual. Y también lo es el reconocimiento del derecho a la sexualidad desde el momento en que el sexo, o lo que es lo mismo, la condición sexual, forma parte de la personalidad humana, cuyo libre desarrollo es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social (artículo 10.1 CE) y es parámetro fundamental de contraste para la efectividad del principio de igualdad (artículo 14 CE).

Tampoco parece cuestionable la previsión normativa respecto a la preferencia de las acciones educativas en el ámbito escolar, que es el natural para este tipo de acciones y menos aún que la perspectiva de las mismas sea inclusiva y de género, ya que la inclusividad es uno de los principios básicos y estructurales de nuestro sistema educativo y la perspectiva de género está incorporada a la legislación internacional, europea y nacional en materia de igualdad desde la Plataforma de Acción de Beijing de 1995.

Por su parte, si la educación sirve -como ya se ha dicho- a la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros, resulta

necesario reconocer la diversidad afectivo -sexual, que es patente en la sociedad contemporánea. Y nada puede objetarse a que se atienda especialmente a las personas con diversidad funcional o discapacidad y a otros colectivos que requieran una actuación educativa compensatoria, tal y como dispone la norma aquí examinada.

SEXTO. FCAPA, la Fundación San Vicente Mártir -Colegios Diocesanos y UCV estiman, en el motivo VII de su solicitud, que el artículo 41 de la Ley 26/2018, según el cual:

«La Generalitat garantizará a las personas menores de edad el derecho a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los plazos y con los requisitos establecidos en la legislación sobre la materia»

Es inconstitucional porque la interrupción del embarazo no es un derecho sino una prestación sanitaria para una casuística legal cuyas condiciones son de carácter orgánico al amparo del artículo 81 CE, al estar determinadas en el capítulo I del Título II de la Ley Orgánica 2/2010, 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, y carecer la Comunitat Valenciana de competencia para calificar el aborto como tal.

En primer lugar, debe precisarse que, de acuerdo con la disposición final tercera de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, los preceptos contenidos en el Título Preliminar, el Título I, el Capítulo II del Título II, las disposiciones adicionales y las disposiciones finales segunda, cuarta, quinta y sexta no tienen carácter orgánico. Por tanto, las garantías de acceso a la prestación sanitaria, sitas en el capítulo II del Título II de la Ley 2/2010, no tienen tal carácter. De ahí que el artículo 41 de la Ley 26/2018, relativo a la garantía de acceso a la prestación sanitaria respecto a las menores de edad por el servicio público de salud de la Comunitat Valenciana, no haya entrado a regular una materia reservada a ley orgánica ni haya en consecuencia infringido el artículo 81 CE.

En segundo lugar, hay que señalar que no se aprecia la contradicción alegada entre la norma autonómica y la estatal ya que la propia Ley 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, en su artículo 18, dentro del Capítulo II del Título II, referido a la «Garantía del acceso a la prestación», utiliza exactamente los mismos términos que el artículo 41 de la Ley 26/2018 «derecho a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo». Dice así:

«Los servicios públicos de salud, en el ámbito de sus respectivas competencias, aplicarán las medidas precisas para garantizar el derecho a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo en los supuestos y con los requisitos establecidos en esta Ley. Esta prestación estará incluida en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud».

No estamos pues ante un derecho a la interrupción voluntaria del embarazo sino ante un derecho a una prestación sanitaria en los términos establecidos en la ley de ámbito estatal.

A lo anterior se añade que el artículo 3.4 de la Ley 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, exige a los poderes públicos, de conformidad con sus respectivas competencias, llevar a cabo las prestaciones y demás obligaciones que establece la Ley en garantía de la salud sexual y reproductiva.

Finalmente, el precepto cuestionado deja claro que se garantiza a los menores la interrupción voluntaria del embarazo «en los plazos y con los requisitos establecidos en la legislación sobre la materia» por lo que la sujeción a lo fijado por la ley orgánica estatal no admite duda alguna.

Por todo lo expuesto, la norma legislativa de la Comunitat Valenciana no ha regulado materia reservada a Ley Orgánica ni implica modificación o derogación de la Ley Orgánica 2/2010. Debe considerarse, al contrario, que el artículo 41 de la Ley valenciana 26/2018 está dando cumplimiento a los artículos 3.4 y 18 de la Ley Orgánica 2/2010 sin que se aprecie la inconstitucionalidad alegada por los solicitantes.

SÉPTIMO. En el motivo VIII consideran los comparecientes, inconstitucional la disposición final 1ª de la Ley 26/2018, que modifica el artículo 55 de la Ley 14/2008, de asociaciones de la Comunitat Valenciana, relativo a las «asociaciones infantiles y juveniles», por vulneración de normativa con rango de ley orgánica (Ley Orgánica 1 /2002 del Derecho de Asociación, artículo 3.b y disposición final 1ª y Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, artículo 7.2 y disposición final 3ª). Ponen de manifiesto la diferente manera de regular diversas cuestiones en la legislación autonómica, por un lado, y en la orgánica estatal por otro, poniendo de relieve la falta de competencia, a su criterio, de la Comunitat Valenciana.

La Ley 1/2002, reguladora del derecho de asociación, en virtud de lo dispuesto en su disposición final primera, es claramente respetuosa con la doctrina del Tribunal Constitucional, que se contiene en la sentencia de 23 de julio de 1998, en cuanto a la reserva de ley orgánica, y en lo que se refiere al sistema de distribución competencial que se desprende de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía.

El rango de ley orgánica, ex artículo 81.1 de la Constitución, alcanza, a los elementos esenciales el contenido del derecho de asociación, que se manifiesta en cuatro dimensiones: en la libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas ; en la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas, en la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias exteriores; y en un conjunto de facultades de los asociados considerados individualmente frente a las asociaciones a las que pertenecen.

El artículo 149.1.1ª de la Constitución habilita al Estado para regular y garantizar el contenido primario, las facultades elementales y los límites esenciales en aquello que sea necesario para garantizar la igualdad de todos los españoles, y la Ley 1/2002 concreta dicha habilitación, en el ejercicio del derecho de asociación, en los aspectos relativos a la definición del concepto legal de asociación, así como en el régimen jurídico externo de las asociaciones, aspectos todos ellos que requieren un tratamiento uniforme. El segundo de los títulos competenciales que se manifiesta en la Ley es el previsto en el artículo 149.1.6ª de la Constitución, en cuanto se refiere a la legislación procesal y que responde a la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales. La definición y régimen de las asociaciones declaradas de utilidad pública estatal tiene como finalidad estimular la participación de las asociaciones en la realización de actividades de interés general, y por ello se dicta al amparo del artículo 149.1.14ª de la Constitución.

Las restantes normas de la Ley son solo de aplicación a las asociaciones de competencia estatal, competencia que alcanzará a todas aquellas asociaciones para las cuales las Comunidades Autónomas no ostenten competencias exclusivas, y, en su caso, a las asociaciones extranjeras.

Es además relevante señalar que el Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana, en el artículo 49.1.23ª, establece la competencia exclusiva de la Generalitat sobre «fundaciones y asociaciones de carácter docente, cultural, artístico y benéfico asistencial, de voluntariado social y semejantes, cuyo ámbito principal de actuación sea la Comunitat Valenciana».

En el año 2008, la Comunitat Valenciana dictó la Ley 14/2008, de 18 de noviembre, de asociaciones de la Comunitat Valenciana, cuyo artículo 55 ahora se modifica, y que se denomina «Asociaciones infantiles y juveniles», definidas como aquellas cuya finalidad sea la promoción, inclusión, participación activa, ocio educativo o defensa de los derechos de la infancia, la adolescencia o la juventud. Puede por tanto la Comunitat Valenciana, en el territorio de la misma, regular estas asociaciones -de ámbito territorial no superior a la comunidad autónoma- sin vulnerar el artículo 3.b de la Ley Orgánica del Derecho de Asociación (en conexión con el 7.2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor).

El artículo 3 b) de la Ley 1/2002, invocado por los solicitantes, tiene carácter de orgánico y dispone que «Los menores no emancipados de más de catorce años con el consentimiento, documentalmente acreditado, de las personas que deban suplir su capacidad, sin perjuicio del régimen previsto para las asociaciones infantiles, juveniles o de alumnos en el artículo 7.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor».

De acuerdo con este último precepto, el derecho de asociación de los menores comprende:

- a) El derecho a formar parte de asociaciones y organizaciones juveniles de los partidos políticos y sindicatos, de acuerdo con la Ley y los Estatutos.
- b) El derecho a promover asociaciones infantiles y juveniles e inscribirlas de conformidad con la Ley. Los menores podrán formar parte de los órganos directivos de estas asociaciones.

Para que las asociaciones infantiles y juveniles puedan obligarse civilmente, deberán haber nombrado, de acuerdo con sus Estatutos, un representante legal con plena capacidad.

En virtud del nuevo artículo 55 de la Ley 14/2008, en la Comunitat Valenciana, la condición de asociado o asociada se pierde al cumplir los treinta años. En el acto de constitución de una asociación infantil o juvenil deberá participar necesariamente, al menos, una persona con plena capacidad de obrar. Las funciones de representación han de ser ejercidas por una persona mayor de edad o menor emancipada. Las asociaciones que no tengan, como mínimo, dos personas mayores de edad o menores emancipadas en el órgano de representación deben disponer del apoyo de un órgano adjunto, elegido por la asamblea general e integrado por un mínimo de dos personas mayores de edad o menores emancipadas, que no han de ser necesariamente asociadas, a fin de suplir, cualquiera de ellas, la falta de capacidad de obrar de las personas que forman parte de los órganos de la asociación en todos los casos que sea necesario.

De la lectura de los artículos reproducidos no puede concluirse que la regulación autonómica vulnere de modo alguno lo dispuesto en la normativa orgánica estatal. Ni la Ley Orgánica 1/2002 ni la Ley 1/1996 entran a regular a qué edad se pierde la condición de asociado en este tipo de asociaciones ni tampoco establecen la estructura y composición de sus órganos internos (que es lo que sí hace el legislador autonómico).

No parece necesario extenderse más en este debate, resuelto a favor de la competencia de la Comunitat Valenciana para regular de manera diferente al Estado algunos aspectos de las asociaciones infantiles y juveniles de su territorio. En todo caso, ha de reiterarse lo indicado en otro momento de esta resolución: No es lo más relevante para el Defensor del Pueblo verificar si la Comunitat Valenciana se ha extralimitado o no en sus competencias, sino más bien si ha legislado en contra de los derechos o el interés superior del menor. Y nada hay en la nueva redacción del artículo 55 de la ley valenciana de asociaciones que afecte en modo alguno al mencionado interés ni a sus derechos.

OCTAVO. En este fundamento jurídico se analizan los motivos de impugnación del punto IX referidos a la disposición final tercera de la Ley valenciana 26/2018, que ha dado

nueva redacción al artículo 43 de la Ley 10/2014, Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana.

Los solicitantes de la interposición del recurso consideran que ese precepto incurre en extralimitación competencial porque regula materias de competencia estatal conforme al apartado 16 del artículo 149.1 CE. Consideran que vulnera los artículos 8 y 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

La cuestión competencial suscitada se sitúa en el ámbito de lo que la doctrina del Tribunal Constitucional ha denominado como inconstitucionalidad mediata o indirecta, toda vez que, según el parecer de los solicitantes de la interposición del recurso, los términos de la disposición final tercera de la Ley 26/2018 son inconstitucionales y nulos por contravenir la normativa estatal de carácter básico.

Es doctrina constante del Tribunal Constitucional que « para constatar la existencia de una inconstitucionalidad mediata o indirecta es necesario que concurren dos condiciones; por un lado, que la norma estatal infringida por la Ley autonómica sea, en el doble sentido material y formal, una norma básica y, por tanto, dictada legítimamente al amparo del correspondiente título competencial que la Constitución haya reservado al Estado; y, por otro, que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa» (STC 54/2018, de 24 de mayo, FJ 6, y las allí citadas).

En consecuencia, es preciso determinar si la normativa estatal que se cita como básica por los recurrentes tiene formal y materialmente este carácter de básico.

A este respecto, no cabe duda de que los artículos aludidos de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, tienen carácter básico en sentido formal pues se aprueban mediante una ley, que les atribuye tal carácter. El conjunto de la Ley 41/2002 tiene tal carácter formal, ya que su disposición adicional primera así lo determina: «Esta Ley tiene la condición de básica, de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.1.^a y 16.^a CE. El Estado y las comunidades autónomas adoptarán, en el ámbito de sus respectivas competencias, las medidas necesarias para la efectividad de esta Ley».

En lo que atañe a la materia de sanidad, lo básico en sentido material debe responder a los principios normativos generales que informan u ordenan esta materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional. Estos principios, concretados 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, bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las comunidades autónomas en virtud de sus respectivas competencias (por todas, 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)» deben tender al establecimiento «de un mínimo igualitario de vigencia y aplicación en todo el territorio nacional en orden al disfrute de las prestaciones sanitarias, que proporcione unos derechos comunes a todos los ciudadanos» (STC 22/2012 FJ 3).

Por ello, la Ley 41/2002 es básica en sentido material pues su contenido está destinado a regular el régimen general de la autonomía del paciente, de los derechos y obligaciones en materia de información y, en concreto, el consentimiento informado, estableciendo los criterios comunes a todo el sistema sanitario, aspectos todos ellos, ciertamente, esenciales y nucleares de la regulación relativa a sanidad, respecto a la que el Estado dispone de competencia exclusiva para las bases y la coordinación general (artículo 149.1.16 CE) y a las comunidades autónomas, de acuerdo con sus Estatutos, les corresponde el desarrollo legislativo y su ejecución.

Aceptado el carácter básico formal y material del precepto normativo estatal procede analizar los preceptos legales autonómicos que los alegantes consideran inconstitucionales.

La disposición final tercera de la Ley valenciana 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia, ha dado nueva redacción al artículo 43 de la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana, sobre el «derecho al consentimiento informado».

En primer lugar, según los solicitantes de la interposición del recurso, el artículo 43.3 de la Ley valenciana 10/2014, en su nueva redacción, elimina parte de los casos en que el consentimiento debe prestarse por escrito de acuerdo con el artículo 8.2 de la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Afirman que no figura que el consentimiento escrito será necesario en: (1) procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, (2) en general, en aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

El tenor literal del artículo 43.2 de la Ley 10/2014 ofrece una lectura opuesta a la afirmación de los solicitantes, ya que precede al 43.3 cuestionado y se ciñe al artículo 8.2 de la Ley 41/2002, recogiendo los mismos supuestos y literalmente en los mismos términos que la normativa básica: «El consentimiento será verbal, por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, ante la aplicación de procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente».

La razón por la que el artículo 43.3 de la Ley 10/2014 estipula que el consentimiento deberá recabarse por el profesional sanitario responsable de la intervención quirúrgica, diagnóstica o terapéutica, sin hacer referencia específica a los procedimientos invasores

ni a los procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente, radica en que en este apartado el legislador autonómico se refiere a todos los consentimientos (verbales y escritos) y a todas las intervenciones y procedimientos quirúrgicos, diagnósticos y terapéuticos. La distinción entre procedimientos invasores o no invasores y entre procedimientos que suponen o no riesgos o inconvenientes notorios y negativos tiene sentido para el consentimiento informado escrito, tal y como recoge el artículo 43.2, pero no para el consentimiento general, al que se refiere el artículo 43.3, que hay que recabar en todos los casos, aunque por regla general de manera verbal. No hay pues contradicción alguna con la Ley de ámbito estatal 41/2002 en este punto.

Por otra parte, y en segundo lugar, los solicitantes estiman que el artículo 43.3 vulnera el artículo 8.3 de la Ley 41/2002, el cual exige no solo que el consentimiento escrito del paciente sea necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el artículo 8.2 sino también que el paciente tenga «información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos».

Los solicitantes estiman que con la nueva redacción de la normativa autonómica cabe un consentimiento escrito para un procedimiento diagnóstico y terapéutico invasor (citan como ejemplo el bloqueo hormonal o la hormonación cruzada de menores), en el que se impida al paciente tener información sobre el procedimiento de aplicación y sus riesgos.

No puede sin embargo compartirse tal apreciación. El hecho de que el artículo 43.3 de la Ley valenciana 10/2014, reformado por la disposición adicional tercera de la Ley 26/2018, no recoja literalmente las previsiones del artículo 8.3 de la Ley 41/2002 no quiere decir que lo contradiga ni vulnere, menos aun cuando el apartado 1 del mismo artículo 43 de la Ley valenciana estipula con claridad y rotundidad que «toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario de la persona afectada tras haber recibido la información asistencial, con la suficiente antelación y en formato accesible y comprensible, y haber valorado las opciones propias del caso». Hay que recordar además que el artículo 4.1 de la Ley 41/2002 considera la información asistencial como toda la información disponible sobre cualquier actuación en el ámbito de la salud del paciente y que esta comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. La información asistencial incluye pues la información sobre el procedimiento de aplicación y sus riesgos.

El apartado 9 del artículo 43 de la Ley valenciana 10/2014 abunda en esta cuestión al disponer que «la información previa al consentimiento se facilitará con la antelación suficiente y, en todo caso, al menos veinticuatro horas antes del procedimiento correspondiente, siempre que no se trate de actividades urgentes. En ningún caso se dará información al paciente cuando esté adormecido ni con sus facultades mentales

alteradas, ni tampoco cuando se encuentre ya dentro del quirófano o la sala donde se practicará el acto médico o el diagnóstico.

A continuación, y en tercer lugar, los solicitantes del recurso aluden a la ausencia de una serie de previsiones en los artículos 41 y 43 de la Ley valenciana 10/2014 que sí estarían en cambio recogidas en los artículos 8 y 9 de la Ley 41 /2002, lo que consideran inconstitucional. Debe señalarse, al respecto, que la legislación básica se aplica sin necesidad de interpretación alguna en los aspectos en los que la norma autonómica no regule nada de forma específica, sin que concurran en estos supuestos colisión alguna que pueda plantear una duda de constitucionalidad. El hecho de que la ley autonómica no regule una determinada cuestión que sí está prevista en la legislación básica no quiere decir que la contradiga sino simplemente que el legislador autonómico ha resuelto no regular ese aspecto.

Así sucede con la falta de previsión normativa a lo largo del artículo 43 la Ley valenciana 10/2014 respecto al contenido del artículo 8.4 de la Ley 41/2002 («Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico , diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud») el cual será de aplicación en la Comunitat Valenciana cuando concurran los supuestos que contempla.

De la misma manera, también es de plena aplicación en esa comunidad autónoma el artículo 9.2 de la Ley 41/2002, relativo a los dos supuestos en los que los facultativos pueden llevar a cabo intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente sin contar con su consentimiento (riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley y riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo no siendo posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él).

También es de aplicación el artículo 9.5 in fine de la Ley 41/2002 en las interrupciones de embarazos en la Comunitat Valenciana de menores de edad, como en el resto del Estado, y con independencia de que el artículo 41 de la Ley valenciana 26/2018 no se pronuncie al respecto. De hecho, el artículo 43.7 de Ley 10/2014, en los supuestos de interrupción voluntaria del embarazo, estipula que se actuará según lo establecido en la normativa específica que sea de aplicación y e n la legislación civil. La normativa específica de aplicación es precisamente el artículo 9.5 *in fine* de la Ley 41/2002, por lo que será necesario el consentimiento expreso de los representantes legales junto con la manifestación de voluntad de la menor que decide interrumpir su embarazo. No se aprecia tampoco aquí contradicción alguna entre la ley autonómica y la ley básica estatal.

En cuanto a que el artículo 43.7 de la Ley valenciana 10/2014 no recoge la mayoría de edad para la práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción humana asistida que exige el artículo 9.5 de la Ley 41/2002, los argumentos son similares: no hay contradicción entre el tenor literal de ambos preceptos y además el 43.7 de la Ley valenciana, al remitir a la normativa específica que le sea de aplicación lleva de forma directa al artículo 9.5 de la Ley 41/2002, según el cual estas prácticas han de regirse «por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación». En ninguno de estos casos se aprecia inconstitucionalidad indirecta alguna por las razones ya expuestas.

En cuarto lugar, a criterio de los solicitantes de la interposición del recurso, el artículo 43.4 de la Ley valenciana solo obliga a informar y tener en cuenta la decisión de los padres mientras que el artículo 9.4 de la Ley 41/2002 determina que el consentimiento lo han de prestar los representantes legales.

El artículo 43.4 in fine de la Ley 10/2014 dispone que «Cuando se trate de personas menores de edad emancipadas o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres y madres y sus representantes legales serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente».

Por su parte, el artículo 9.4 de la Ley 41/2002 establece que «Cuando se trate de personas menores de edad emancipadas o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. No obstante, cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo».

En este caso podría apreciarse colisión porque una cosa es informar y tener en cuenta la decisión de los padres sin que estos decidan y otra determinar que el consentimiento lo prestan los representantes legales una vez han escuchado al menor. No obstante, lo relevante constitucionalmente es que la contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica, sea efectiva e insalvable por vía interpretativa, algo que no concurre ya que cabe la interpretación conforme de la normativa autonómica con la legislación básica. En ese sentido hay que tener en cuenta que el apartado 4 del artículo 43, relativo al consentimiento informado por representación, donde se incluye la cláusula que analizamos, está encabezado por una remisión clara y rotunda a la legislación básica que condiciona el resto de supuestos que regula a continuación, los cuales ha de sujetarse a los supuestos y condiciones de la norma de ámbito estatal: «El consentimiento se otorgará por representación o sustitución en los supuestos y condiciones previstos en la

legislación básica estatal y podrá ser retirado en cualquier momento en interés de la persona afectada».

Por tanto, cuando se trate de personas menores de edad emancipadas o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, si según el criterio del facultativo, ante una actuación que entrañe grave riesgo, debe de acudir a un refuerzo de la voluntad del menor emancipado o con dieciséis años cumplidos, habrá de interpretarse que la información ofrecida a los representantes legales y los padres y madres (siempre que ellos sean los representantes legales) y la opinión recabada, a las que hace referencia el artículo 43.3 de la Ley 10/2014, tienen un plus añadido de vinculación y constituyen el consentimiento informado por representación que exige el artículo 9.4 de la Ley estatal básica 41/2002, correspondiéndoles la decisión en estos supuestos.

Ha de recordarse que, según una consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la validez de una Ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución, de manera que será preciso explorar las posibilidades interpretativas del precepto cuestionado, ya que si hubiera alguna que permitiera salvar la primada de la Constitución, entonces resultaría procedente un pronunciamiento interpretativo de acuerdo con las exigencias del principio de conservación de la Ley (STC 108/1986, SSTC 76/1996, FJ 5; 233/1999, FJ 18, entre otras).

En quinto y último lugar, los solicitantes estiman que el apartado 8 del artículo 43 de la Ley valenciana 10/2014 determina excepciones a la exigencia del consentimiento informado inexistentes en la normativa estatal con lo que vulnera el artículo 9. 6 de la Ley 41/ 2002.

El artículo 9.6 de la Ley 41/2002 estipula que «En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

Por su parte, de acuerdo con el artículo 43. 8 de la Ley valenciana 10/2014, «Constituyen excepciones a la exigencia de consentimiento informado las previstas en la

legislación básica estatal, así como aquellas situaciones en que no fuera posible el consentimiento por representación o sustitución por no existir representante legal o personas vinculadas al paciente o bien porque estos se negasen injustificadamente a prestarlo, de forma que ocasionen un riesgo grave para la salud del paciente y siempre que se deje constancia de ello por escrito. Una vez superadas dichas circunstancias, se procederá a informar al paciente».

En el primer supuesto de excepción a la exigencia de consentimiento informado, definido en el artículo 43.8 de la Ley valenciana 10/2014, las «situaciones en que no fuera posible el consentimiento por representación o sustitución por no existir representante legal o personas vinculadas al paciente» el conflicto entre la ley autonómica y la ley básica estatal es solo aparente, no hay en realidad una colisión entre ambas leyes ya que el supuesto regulado por la ley autonómica no lo está en la norma estatal. No se olvide que lo que la Constitución persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una materia determinada es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y de vigencia en todo el Estado, con lo cual se asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada comunidad autónoma, un común denominador normativo, a partir del cual cada comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia. El Tribunal Constitucional ha dejado claro en su jurisprudencia, ya desde la SSTC 32/1981 y 5/1982 que la normativa autonómica dictada al amparo de las competencias de desarrollo legislativo y ejecución no necesita esperar a que el Estado dicte la legislación básica.

En el segundo supuesto previsto en el artículo 43.8 de la Ley valenciana 10/2014, ha de precisarse que la presunta colisión entre la ley autonómica y la ley básica ha de enmarcarse, dado el tenor literal del precepto, en el ámbito de consentimiento por representación, no en el de la excepción a la exigencia del consentimiento informado, toda vez que el supuesto que previene es aquel en el que el facultativo ha solicitado el consentimiento al representante legal pero este no lo ha dado, a criterio del médico de forma injustificada y ocasionando un riesgo grave para la salud del paciente.

Delimitado el presupuesto normativo en el ámbito del consentimiento por representación, y como quiera que la norma autonómica no hace referencia a que la decisión haya de adoptarla el facultativo, no existe colisión entre la ley autonómica y la básica en tanto puede y debe interpretarse de manera armonizadora el precepto autonómico conforme a la normativa básica. De esta forma, ha de interpretarse que la no prestación del consentimiento por el representante legal, a criterio del facultativo de forma injustificada y con riesgo grave para la salud del paciente, prevista en el 43.8 de la

Ley 10/2014, se corresponde con la decisión contraria al mayor beneficio para la vida o salud del paciente que recoge el artículo 9.6 de la Ley 41/2002 como presupuesto para su comunicación a la autoridad judicial que será quien adopte la decisión. En suma, el facultativo habrá de poner tales casos en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo en situaciones de urgencia. Interpretado así el segundo supuesto del artículo 48.3 de la Ley 10/2014 es compatible con la normativa básica y el orden constitucional de competencias.

RESOLUCIÓN

Por todo cuanto antecede, el Defensor del Pueblo (e. f.), oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, previa la oportuna deliberación y con pleno respeto a cualquier opinión discrepante, acuerda **no interponer** el recurso de inconstitucionalidad solicitado contra los artículos 3.9, 19, 30.1, 36.3, 38 y 41, así como las disposiciones finales 1ª y 3ª de la Ley valenciana 26/2018, de 21 de diciembre, de derechos y garantías de la infancia y la adolescencia.