

Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo (e.f.) el 3 de septiembre de 2020, con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el covid-19

(Boletín Oficial del Estado, núm. 163, de 10 de junio de 2020)

Se solicita la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 6.1.a) del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el covid-19, que obliga a aportar mascarilla «En la vía pública, en espacios al aire libre y en cualquier espacio cerrado de uso público o que se encuentre abierto al público, siempre que no resulte posible garantizar el mantenimiento de una distancia de seguridad interpersonal de, al menos, 1,5 metros». El solicitante del recurso considera obvio que una obligación contra la libertad del individuo de vestir y usar los aditamentos que desee es inconstitucional. A su juicio, esta libertad de vestir como se quiera solo puede restringirse por un riesgo cierto para el derecho a la vida, riesgo que él estima improbable.

Entiende esta institución que los derechos que podrían verse afectados serían los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, garantizados en el artículo 18.1 de la Constitución, en su vertiente de autonomía personal para elegir libremente la indumentaria y el aspecto propios.

Ya en 1982 el Tribunal Constitucional aclaró que «el derecho a la intimidad personal no queda violado porque se impongan a la persona limitaciones de su libertad, como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula...» (STC 73/1982, FJ 5). La Constitución garantiza la intimidad personal, pero esta puede llegar a ceder en ciertos casos y en cualquiera de sus diversas expresiones, ante exigencias públicas (STC 37/1989, FJ 3). La existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, puede obviamente ceder ante la prevalencia de otros derechos (STC 77/2009, FJ 2). Además, según la doctrina del Alto Tribunal sobre la configuración constitucional de estos derechos, no operan de la misma manera ni con la misma fuerza cuando pasan de la esfera privada a la esfera de las relaciones sociales o laborales (STC 170/1987).

El Real Decreto-ley 21/2020, al imponer la obligación de portar mascarilla, resuelve un conflicto entre derechos fundamentales: los que se restringen, es decir los derechos a la intimidad personal y la propia imagen en su vertiente de libre elección de indumentaria y aspecto, respecto a los que los poderes públicos tienen la obligación negativa de

respetarlos; y los derechos a la vida y a la integridad física, que imponen a esos mismos poderes la obligación positiva de protegerlos.

No hay razón por la que este conflicto haya de resolverse a favor de los primeros y en contra de los derechos a la vida y a la integridad física. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional y europea, en estos casos, lo que hay que hacer es escoger la interpretación que logre un justo equilibrio entre todos los derechos e intereses legítimos afectados, es decir, una solución que no limite o desproteja inútil, innecesaria o desproporcionadamente ninguno de ellos. Esa ponderación de los derechos afectados debe responder al principio de proporcionalidad en sus tres facetas (necesidad, idoneidad y proporcionalidad, en sentido estricto, que relaciona el grado de restricción de un derecho con el grado de protección del otro que la medida permite).

En este caso, la necesidad y adecuación o idoneidad del uso de mascarillas se justifica en la imperiosa e inexcusable búsqueda de la reducción de las vías de contagio (aerosoles y gotículas que se expulsan por la boca y nariz al respirar, hablar, gritar, cantar, reír...) ante el enorme impacto que tiene el Covid-19, impacto que está suponiendo la pérdida de numerosas vidas humanas y una intensa presión asistencial para los sistemas sanitarios, sin que se conozca tratamiento efectivo ni exista todavía vacuna. Dado el conocimiento científico actual sobre las vías de contagio, el uso de mascarilla es una medida que ayuda a evitar la propagación del virus en espacios, cerrados o al aire libre, en los que pueden confluír en cercanía las personas. Finalmente, y a la vista de la configuración constitucional de los derechos a la intimidad y a la propia imagen, en su vertiente de autonomía personal en la esfera de las relaciones sociales, resulta claramente proporcionado establecer restricciones a la libertad indumentaria por razones de salud pública en cumplimiento del mandato constitucional recogido en el artículo 43.2 de la Constitución.

Se acordó **no interponer** el recurso solicitado.

ANTECEDENTES

PRIMERO. Mediante escrito que tuvo su entrada en esta institución el día 11 de junio de 2020, la persona compareciente solicita la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 6.1.a) del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el covid-19.

El artículo 6.1.a) del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, prescribe el uso obligatorio de mascarilla «En la vía pública, en espacios al aire libre y en cualquier espacio cerrado de uso público o que se encuentre abierto al público, siempre que no resulte posible garantizar el mantenimiento de una distancia de seguridad interpersonal de, al menos, 1,5 metros».

En su opinión, la obligación de usar un aditamento como es la mascarilla es una violación de los más elementales derechos de las personas, sin concretar cuáles serían los derechos vulnerados ni especificar los preceptos constitucionales infringidos.

El solicitante del recurso considera obvio que una obligación contra la libertad del individuo de vestir y usar los aditamentos que desee es inconstitucional. A su juicio, esta libertad de vestir como se quiera solo puede restringirse por un riesgo cierto para el derecho a la vida, riesgo que él estima improbable.

Afirma que el mandato constitucional de garantizar la salud pública, contenido en el artículo 43.2 de la Constitución y dirigido a los poderes públicos, al que alude el Real Decreto-ley en su preámbulo como fundamento de las medidas preventivas y del deber general de cautela y protección, es «claramente inferior a los derechos del Título I; por lo es inconstitucional... basar en el art. 43 CE alguna medida que limite, recorte esos derechos...».

Por otra parte, la limitación de derechos no tiene base cierta alguna, según el solicitante, quien argumenta que en junio de 2020, mes de aprobación del decreto-ley, no había ningún riesgo de presión asistencial, dadas las cifras de contagios de entonces, a su juicio bajísimas. Solo si aumentaran aparecería el riesgo, lo que encuentra prácticamente imposible «porque se hacen test y hay un control epidemiológico exhaustivo». Por ello, concluye que el Real Decreto-ley 21/2020 se apoya en un riesgo imposible con el fin de vulnerar los derechos de las personas. Considera que la contingencia que supondría la aparición de eventuales rebrotes de transmisión comunitaria, a la que se refiere el decreto-ley, «es imposible actualmente».

SEGUNDO. Solicita también la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 17 y 18 del Real Decreto-ley 21/2020, alegando al respecto y sin mayores precisiones la supuesta vulneración del artículo 18 de la Constitución.

TERCERO. Con fecha de 25 de agosto, otros tres solicitantes piden también al Defensor del Pueblo, mediante escritos similares, la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, porque, a su juicio, limita de manera indefinida derechos fundamentales.

No concretan los derechos ni las razones por los que resultarían vulnerados. Sí refieren su disconformidad con la obligación de uso de mascarilla en general y con el mantenimiento de la distancia de seguridad en los centros docentes, pero de nuevo no desarrollan los argumentos jurídicos necesarios para hacer valer tales afirmaciones. En su opinión, el decreto-ley además vulneraría la libertad de empresa y resulta arbitrario.

A continuación, de manera prolija y extensa, argumentan que el Real Decreto-ley 21/2020 es contrario a las normas y principios de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. Discrepan asimismo de la regulación que contiene el Real Decreto-ley respecto a centros sociales, establecimientos comerciales, hoteles y

alojamientos turísticos, actividades de hostelería y restauración, equipamientos culturales, espectáculos públicos y otras actividades recreativas, instalaciones para las actividades y competiciones deportivas, transporte público de viajeros y otros sectores de actividad, sin desarrollar razones jurídicas. Todas las medidas y disposiciones que cuestionan refieren a materias de legalidad ordinaria.

Se muestran disconformes también con las medidas impuestas en el ámbito educativo. Estiman que el uso de mascarillas y el lavado compulsivo de manos atentan contra la integridad física de los menores, suponiendo un riesgo para su salud, perjudicando su sistema inmune y poniéndolos en riesgo frente a posibles problemas cutáneos e infecciones. Además, estiman que la mascarilla impide una adecuada oxigenación, imprescindible para mantener las funciones vitales y el desarrollo físico de los escolares.

Por último, añaden que los «presupuestos en los que se basan estas medidas son de todo punto contrarios a cualquier principio científico y a los datos relativos a la afección del Covid-19 en menores y atentan contra las bases mismas de la educación y contra la propia labor de sus profesionales».

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. Si bien las peticiones de recurso no identifican el concreto precepto constitucional presuntamente infringido por la obligación de portar mascarilla en los espacios públicos -o de uso público- en determinadas circunstancias, entiende esta institución que los derechos que podrían verse afectados serían los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, garantizados en el artículo 18.1 de la Constitución, en su vertiente de autonomía personal para elegir libremente la indumentaria y el aspecto propios.

Por tanto, se debe examinar el tratamiento constitucional de los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen en su vertiente de libre elección de la indumentaria, respecto a la obligación de portar mascarilla en los espacios públicos en determinadas circunstancias.

Los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen salvaguardan un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas. Se encuentran estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivan de la dignidad de la persona, que reconoce el artículo 10 de la Constitución, e implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana. Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo (SSTC 231/1988 FJ 3; 179/1991, FJ 3, y 20/1992, FJ 3).

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

La STC 117/1994, FJ 3, señala que el derecho a la propia imagen «garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona» y que «en la medida en que la libertad de ésta se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y las cualidades del mismo, es evidente que con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad y, al tiempo, el poder de decisión sobre los fines a los que hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz. Este derecho implica, conforme a nuestra doctrina constitucional, el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública» y «su ámbito de protección comprende, en esencia, la facultad de poder impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta o difunde», y, por lo tanto, abarca «la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental» (entre otras, SSTC 23/2010, FJ 4; 12/2012, FJ 5, y 19/2014, FFJJ 4 y 5).

La STC 84/2006, FJ 3, respecto a la imposición de falda en la uniformidad de las trabajadoras que prestan servicios en el AVE, considera que plantea un «relevante problema constitucional que tiene que ver con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) así como con la igualdad y el derecho a la intimidad (arts. 14 y 18.1 CE)». Si bien la sentencia no entra en el fondo del problema, debido a que declaró extinguido el recurso de amparo interpuesto por un sindicato, por desaparición sobrevenida de su objeto, al haberse producido la satisfacción extraprocesal de la pretensión, se desprende de su fundamento jurídico tercero que la imposición de determinadas prendas podría eventualmente vulnerar el derecho a la intimidad.

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

propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, puede obviamente ceder ante la prevalencia de otros derechos (STC 77/2009, FJ 2).

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

El trabajador alegaba que «la estética corporal, favorecida o no por el uso de la barba, es parte integrante de la intimidad y el derecho a la propia imagen de la persona» y que «la hipotética colisión entre el derecho a la libre organización productiva que la legislación ordinaria reconoce al empresario (art. 20 ET) y el contenido esencial del art.18.1 de la C.E., lógicamente debe resolverse... a favor del segundo».

Sin embargo, el Tribunal Constitucional entendió que «delimitado el problema es claro que trasciende de la esfera estrictamente personal para pasar al ámbito de las relaciones sociales y profesionales en que desarrolla su actividad. Y a este respecto es preciso recordar que, como dice la STC 73/1982, de 2 de diciembre, no pueden considerarse violados los derechos a la intimidad personal, cuando se impongan limitaciones a los mismos como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula. Y es desde esta perspectiva desde la que ha de analizarse la vulneración de los derechos invocados por el recurrente».

Para el Alto Tribunal lo que se discute en este caso es si la decisión personal sobre la apariencia física puede o no limitarse o condicionarse en virtud de las relaciones laborales en que desarrolla su actividad profesional. Desde este ángulo, el Tribunal Constitucional concluye que la cuestión no desborda los límites de la legalidad ordinaria que había sido correctamente aplicada. Estima pues que la cuestión planteada carece de entidad constitucional, no pudiendo estimarse la vulneración, por falta de la debida protección, de los derechos fundamentales garantizados por el artículo 18.1 de la Constitución que no resultan afectados ni guardan relación con la cuestión resuelta por los mismos (STC 170/1987).

En suma, tanto el derecho a la intimidad como el derecho a la propia imagen se hallan estrictamente vinculados a la personalidad, en cuanto derivan de la dignidad de la persona que el artículo 10.1 CE reconoce, y se traducen en la existencia de un ámbito propio y reservado frente la acción y el conocimiento de los demás, cuya configuración deberá ser esencialmente subjetiva y, por tanto, dependiente de la exclusiva voluntad del titular de tal derecho, pero que puede ceder por prevalencia de otros derechos, por razón

de interés público e incluso, en el ámbito de las relaciones sociales, como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula.

SEGUNDO. El Defensor del Pueblo coincide con el Real Decreto-ley 21/2020 en que la aparición de eventuales rebrotes de transmisión comunitaria, cuya evitación o al menos contención es el fundamento de las medidas que impone, era posible y probable tras la expiración de las medidas adoptadas bajo el estado de alarma. De hecho, puede afirmarse que la contingencia desgraciadamente se ha materializado. Los rebrotes de contagios, y en algunos casos la transmisión comunitaria, han sido -y siguen siendo- un hecho cierto desde entonces en todos los territorios, tal y como atestiguan las cifras a lo largo del verano y especialmente la evolución de las mismas en las últimas semanas.

TERCERO. Por otra parte, el Real Decreto-ley 21/2020, al imponer la obligación de portar mascarilla, no está exactamente limitando un derecho fundamental sino que resuelve un conflicto entre derechos fundamentales: los que se restringen, es decir los derechos a la intimidad personal y la propia imagen en su vertiente de libre elección de indumentaria y aspecto, respecto a los que las poderes públicos tienen la obligación negativa de respetarlos; y los derechos a la vida y a la integridad física, que imponen a esos mismos poderes la obligación positiva de protegerlos.

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

Esa imprescindible ponderación de los derechos afectados, que son básicamente, en la actual situación, la libertad de los ciudadanos de elegir su vestimenta, de un lado, y la vida y la salud o la integridad física de las personas, de otro, debe responder, como ha desarrollado ampliamente el Tribunal Constitucional, al principio de proporcionalidad, en sus tres facetas: el juicio de necesidad de la medida acordada, por la inexistencia de alternativas menos restrictivas de derechos; el juicio de idoneidad, sobre la adecuación y efectividad de la medida para lograr el fin perseguido; y el juicio de proporcionalidad, en sentido estricto, que relaciona el grado de restricción de un derecho con el grado de protección del otro que la medida permite.

En este caso, la necesidad y adecuación o idoneidad del uso de mascarillas se justifica en la imperiosa e inexcusable búsqueda de la reducción de las vías de contagio (una de las cuales son las gotículas que se expulsan por la boca y nariz al respirar, hablar, gritar, cantar, reír...) ante el enorme impacto que tiene el Covid-19, impacto que está suponiendo la pérdida de numerosísimas vidas humanas y una intensa presión asistencial para los sistemas sanitarios, sin que se conozca tratamiento efectivo ni exista todavía vacuna. Dado el conocimiento científico actual sobre las vías de contagio, el uso

de mascarilla es una medida que ayuda a evitar la propagación del virus en espacios, cerrados o al aire libre, en los que pueden confluír en cercanía las personas. Finalmente, y a la vista de la configuración constitucional de los derechos a la intimidad y a la propia imagen, en su vertiente de autonomía personal en la esfera de las relaciones sociales, más arriba explicados, resulta claramente proporcionado establecer restricciones a la libertad indumentaria por razones de salud pública en cumplimiento del mandato constitucional recogido en el artículo 43.2 de la Constitución.

El preámbulo del Real Decreto-ley 21/2020 explica acertadamente que sus previsiones «responden al mandato constitucional dirigido a los poderes públicos por el artículo 43.2 de la Constitución española, no regulan el régimen general de los derechos contenidos en el Título I, y se juzgan proporcionadas al bien público que se trata de proteger. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en diversas sentencias, se ha pronunciado sobre la efectividad del derecho a la protección de la salud contemplado en el artículo 43 de la Constitución española, pues en su condición de principio rector dirigido a orientar y determinar la actuación de todos los poderes públicos, estatales y autonómicos, obliga a desarrollar la acción normativa que resulte necesaria para asegurar el cumplimiento de esos mandatos constitucionales (STC 113/1989, FJ 3), es decir a establecer las normas precisas para garantizar la organización y tutela de la salud pública a través de los medios necesarios». Se trata de proteger la vida, la salud y la seguridad de los ciudadanos, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública.

No debe olvidarse que, en cumplimiento de mandato del artículo 43.2 de la Constitución, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, dispone en su artículo 1 que, con el objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas administraciones públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la misma ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad. Por su parte, el artículo 3 de la misma ley habilita legalmente tanto al Estado como a las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias (en el caso del Estado la de bases y coordinación general en materia de sanidad, artículo

149. 1 16ª CE), con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, para realizar acciones preventivas generales, «así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible», las cuales, lógicamente, dadas la urgencia y necesidad inherentes a estas situaciones, podrán adoptarse por decreto-ley.

De ahí que el Defensor del Pueblo concluya que, de acuerdo con nuestra jurisprudencia constitucional, la imposición por el legislador del deber de uso de mascarilla en determinados supuestos no es una limitación de los derechos a la intimidad y a la propia imagen que vulnere el artículo 18.1 de nuestra Constitución, en tanto no resulta discutible que tal limitación encuentra su justificación en la garantía de los

derechos fundamentales a la vida y la integridad física de las personas, y en la salud pública, bien constitucionalmente protegido.

La exigencia del uso de una prenda, que protege a quien la porta y al resto de ciudadanos del contagio de una grave enfermedad potencialmente mortal, que ha provocado una pandemia, ha supuesto una grave crisis sanitaria y ha colocado al Sistema Nacional de Salud en grave riesgo de colapso, causando decenas de miles de muertes, no vulnera los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen en su vertiente de autonomía personal en la elección de la indumentaria, ni tampoco está vedada a la figura del decreto-ley, como se fundamenta a continuación.

CUARTO. El artículo 81.1 de la Constitución exige ley orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas, y el artículo 86.1 impide que con un decreto-ley queden afectados los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I.

Pero 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. No todo lo que afecte a los derechos fundamentales es un desarrollo directo de estos, es decir, una regulación de sus aspectos esenciales que requiera de una disposición de las Cortes emanada con forma de ley orgánica. Esta solo será precisa cuando se acometa un desarrollo directo - global o de sus aspectos esenciales- del ámbito subjetivo u objetivo de los derechos fundamentales (SSTC 5/1981; 6/1982; 67/1985; 140/1986; 160/1987; 132/1989, y 127/1994, entre otras).

En esa misma línea de razonamiento, el Tribunal Constitucional ha rechazado una interpretación extensiva del límite material del decreto-ley (afectación a los derechos y libertades del Título I, fijado en el artículo 86.1 CE) que supondría el vaciamiento de la figura, haciéndolo «inservible para regular con mayor o menor incidencia cualquier aspecto concerniente a las materias incluidas en el Título I de la Constitución». La cláusula restrictiva debe ser entendida de modo que no se reduzca a la nada el decreto-ley. Por tanto, lo que se prohíbe constitucionalmente es que se regule un régimen general de estos derechos, deberes y libertades o que vaya en contra del contenido o elementos esenciales de algunos de tales derechos (STC 111/1983, FJ 8, confirmada por otras posteriores: SSTC 60/1986 FJ 4; 182/1997 FJ 6; 137/2003, FJ 6; 108/2004, FJ 7, y 329/2005, FJ 8).

En todas ellas, de uno u otro modo, se añade que el «examen de si ha existido ‘afectación’ por el Decreto-ley de un derecho o libertad regulado en el Título I de la Constitución exigirá tener en cuenta la configuración constitucional del derecho o deber afectado en cada caso y la naturaleza y alcance de la concreta regulación de que se trate» (SSTC 329/2005, FJ 8).

A la vista de esta doctrina constitucional, se concluye que la regulación que hace el artículo 6.1 del Real Decreto-ley 21/2020 no supone una regulación directa y con vocación de generalidad de las vertientes individual e institucional de los derechos a la intimidad y a la propia imagen en su vertiente de elegir la propia indumentaria y el aspecto personal, ni tampoco de sus aspectos esenciales. No altera sustancialmente la posición de los ciudadanos en relación con los derechos a la intimidad y la propia imagen. El precepto impugnado no entra en un ámbito vedado al decreto-ley y no supone una ‘afectación’ en el sentido constitucional del término y, por lo tanto, no franquea los límites materiales del decreto-ley impuestos por el artículo 86.1 de la Constitución.

QUINTO. En cuanto a las sanciones, es bien conocido que el Tribunal Constitucional permitió hace ya décadas su tipificación mediante decreto-ley (con algunas limitaciones). Como en materia penal hay reserva de ley orgánica (inaccesible, esta sí, al decreto-ley), pueden tipificarse infracciones y sanciones administrativas, pero no delitos ni penas. Así en otros decretos-leyes se han introducido regímenes sancionadores completos (sin ir más lejos, en el Real Decreto-ley 3/2020, artículos 191-202, y muchos otros) y se han previsto sanciones mucho más graves que la que ahora se han previsto para quienes incumplan la obligación de utilizar mascarilla (multa de hasta 100 euros).

SEXTO. Por lo demás, el Decreto-ley 21/2020 cuestionado cumple con el presupuesto habilitante de extraordinaria urgencia y necesidad. Numerosas sentencias del Tribunal Constitucional tratan esta materia y, por todas, la STC 152/2017 recoge la jurisprudencia en la materia, que se resume a continuación:

- El concepto de extraordinaria y urgente necesidad que se contiene en la Constitución no es, en modo alguno, «una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes», razón por la cual, el Tribunal puede, «en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada» (SSTC 100/2012, FJ 8; 237/2012, FJ 4, y 39/2013, FJ 5).
- La apreciación de la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad constituye un juicio político que corresponde efectuar al Gobierno (titular constitucional de la potestad legislativa de urgencia) y al Congreso (titular de la potestad de convalidar, derogar o tramitar el texto como proyecto de ley). El Tribunal Constitucional efectúa un control jurisdiccional ex post, y tiene por misión velar por que el Gobierno no se haya apartado del margen de apreciación concedido por la Constitución, esto es, que aquel se mantenga dentro del concepto jurídicamente asequible que es la situación de extraordinaria y urgente necesidad. Se trata, en definitiva, de un «control externo, en el sentido de que debe verificar, pero no sustituir, el juicio político o de

oportunidad que corresponde al Gobierno» (STC 142/2014, FJ 3, y las que allí se citan). El Tribunal controla que ese juicio político no desborde los límites de lo manifiestamente razonable, pero «el control jurídico de este requisito no debe suplantar a los órganos constitucionales que intervienen en la aprobación y convalidación de los Reales Decretos-Leyes» (SSTC 182/1997, FJ 3; 332/2005, FJ 5, y 1/2012, FJ 6).

- La adecuada fiscalización del recurso al decreto-ley requiere, por consiguiente, que la definición por los órganos políticos de una situación «de extraordinaria y urgente necesidad» sea «explícita y razonada», del mismo modo que corresponde al Tribunal Constitucional constatar la existencia de «una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación definida que constituye el presupuesto habilitante y las medidas que en el decreto-ley se adoptan» (así, desde un principio, STC 29/1982, FJ 3; hasta las SSTC 96/2014, FJ 5, y 183/2014, FJ 4, entre otras más recientes).
- En cuanto a la definición de la situación de urgencia, el Tribunal Constitucional ha precisado que no es necesario que tal definición expresa de la extraordinaria y urgente necesidad haya de contenerse siempre en el propio decreto-ley, sino que tal presupuesto cabe deducirlo igualmente de una pluralidad de elementos. A este respecto, conviene recordar que el examen de la concurrencia del citado presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad siempre se ha de llevar a cabo mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar la disposición legal excepcional y que son, básicamente, los que quedan reflejados en la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma (SSTC 29/1982, FJ 4; 182/1997, FJ 4; 11/2002, FJ 4, y 137/2003, FJ 3).
- En cuanto a la segunda dimensión del presupuesto habilitante de la legislación de urgencia —conexión de sentido entre la situación de necesidad definida y las medidas que en el real decreto-ley se adoptan—, el Tribunal ha establecido un doble criterio o perspectiva para valorar su existencia: el contenido, por un lado, y la estructura, por otro, de las disposiciones incluidas en el real decreto-ley controvertido. Así, ya en la STC 29/1982, FJ 3, excluye a este respecto aquellas disposiciones «que, por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna, directa ni indirecta, con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente, aquéllas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente» (STC 29/2016, FJ 2, con cita de otras).
- Generalmente, el Tribunal Constitucional ha venido admitiendo el uso del decreto-ley en situaciones que ha denominado como «coyunturas económicas problemáticas», para cuyo tratamiento representa un instrumento constitucionalmente lícito, en tanto

que pertinente y adecuado para la consecución del fin que justifica la legislación de urgencia, que no es otro que subvenir a «situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las leyes» (SSTC 31/2011, FJ 4; 137/2011, FJ 6, y 100/2012, FJ 8).

A la vista de esta doctrina constitucional, el Defensor del Pueblo estima que se ha cumplido la exigencia de explicitar y razonar, de forma suficiente, la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad que fundamenta la necesidad de dictar el Real Decreto-ley 21/2020.

En efecto, se ha ofrecido una justificación general basada en la existencia de una situación de grave peligro para la salud pública y consecuentemente para la vida e integridad física de las personas así como una dificultad sanitaria sin precedentes y de una extraordinaria amplitud y gravedad desde la creación del Sistema Nacional de Salud, tanto por el extraordinario riesgo de contagio y el alto número de ciudadanos afectados, con la consiguiente presión sobre los servicios sanitarios, como por el elevado coste social y económico.

La situación de presión sanitaria asistencial estaba en parte superada en el momento de aprobación del decreto-ley pero su amenaza seguía vigente en esas fechas (y en las actuales). Por eso, el Decreto-ley 21/2020 trata de hacer frente a una situación excepcional, actuando para evitar el rebrote de la pandemia. El carácter relevante o grave de la situación, invocado por el Gobierno, resulta claramente justificado. Por ello, podemos considerar de la situación de extraordinaria y urgente necesidad y la necesidad de adoptar medidas inmediatas para corregirla ha sido justificada por el Gobierno de forma explícita y razonada.

El examen del segundo elemento del canon es la existencia de una necesaria conexión entre la situación de urgencia definida y las medidas que en el Decreto-ley 21/2020 se adoptan, en una relación directa o de congruencia con la situación que se trata de afrontar (STC 29/1982, FJ 3; 182/1997, FJ 3, y 137/2003, FJ 4).

Para comprobar si se cumple o no este segundo elemento del presupuesto habilitante debe analizarse el contenido de las medidas que se adoptan y verificar si guardan relación con la situación excepcional que se encara y constituyen una acción normativa inmediata, que no podía esperar ni siquiera a la aprobación de una ley por el procedimiento de urgencia.

Resulta evidente que la pandemia sanitaria actual sirve para justificar globalmente múltiples medidas en muy diversos ámbitos adoptadas por distintos Ejecutivos haciendo uso de sus facultades para dictar medidas legislativas provisionales, en tanto no se termine la emergencia sanitaria.

En el presente caso, la medida cuestionada se justifica, de forma expresa por el Decreto en su preámbulo y su artículo 1, según el cual, «tiene por objeto establecer las medidas urgentes de prevención, contención y coordinación necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el covid-19, así como prevenir posibles rebrotes, con vistas a la superación de la fase III del Plan para la Transición hacia una Nueva Normalidad por parte de algunas provincias, islas y unidades territoriales y, eventualmente, la expiración de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el covid-19, y sus prórrogas».

El preámbulo, más prolijo, explica que su finalidad es, una vez expirada la vigencia del estado de alarma y de las medidas extraordinarias de contención establecidas al amparo de aquel, la imposición de un deber de cautela y la adopción de medidas preventivas urgentes, mientras no sea declarada oficialmente la finalización de la situación de crisis sanitaria, con el objetivo de mantener la favorable contención de la pandemia, controlando la aparición de nuevos brotes epidemiológicos y nuevas cadenas de transmisión no identificadas que comprometan la garantía de la integridad física y la salud de las personas y que sitúen de nuevo bajo una enorme presión asistencial los recursos sanitarios disponibles. Todo ello en aras «de garantizar el derecho a la vida y a la protección de salud y en cumplimiento del deber constitucional de los poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública».

Planteada en estos términos la cuestión, entiende el Defensor del Pueblo que las medidas preventivas adoptadas, incluidas la obligación de portar mascarilla en determinadas circunstancias y el deber general de cautela, eran —y siguen siendo— urgentes y necesarias de forma inmediata, ante la situación de pandemia y la expiración de la vigencia del estado de alarma, y sirven para considerar existente el presupuesto habilitante para su adopción mediante decreto-ley.

SÉPTIMO. Se solicita también la interposición de recurso contra los artículos 17 y 18 del Real Decreto-ley, alegando al respecto y sin mayores precisiones la supuesta vulneración del artículo 18 de la Constitución. Cabe deducir que el solicitante de recurso se refiere al deber que se impone a determinados operadores de transporte aéreo, terrestre y marítimo, caso de que el transporte se realice con número de asiento preasignado, de «recabar información para contacto de todos los pasajeros y conservar los listados un mínimo de cuatro semanas con posterioridad al viaje» y de «facilitar estos listados a las autoridades de salud pública cuando se requieran con la finalidad de realizar la trazabilidad de contactos».

Además de la supuesta vulneración reseñada, que como ya se ha dicho no se razona ni concreta, se alega la contradicción de estas previsiones con lo dispuesto en el artículo 26 del Real Decreto-ley 21/2020 que establece que «los establecimientos, medios de transporte o cualquier otro lugar, centro o entidad pública o privada en los que las

autoridades sanitarias identifiquen la necesidad de realizar trazabilidad de contactos, tendrán la obligación de facilitar a las autoridades sanitarias la información de la que dispongan o que les sea solicitada relativa a la identificación y datos de contacto de las personas potencialmente afectadas». De esta contradicción, que el solicitante de recurso aprecia pero que tampoco explica, se derivaría una inconstitucionalidad «por exceso» de los ya citados artículos 17 y 18 de la norma examinada.

A juicio del Defensor del Pueblo, la contradicción alegada es inexistente, dado que el ámbito y contenido obligacional de los preceptos es solo parcialmente coincidente, además de resultar irrelevante desde el punto de vista constitucional el «exceso» que pudiera suponer —y que esta institución no aprecia— la concreción del deber de recabar y mantener durante determinado tiempo los datos de contacto de los viajeros por parte de los operadores de transporte si este se realiza con asiento preasignado.

En cuanto a la alegación relativa a la vulneración del artículo 18 de la Constitución, basta para descartarla la lectura y consideración del artículo 27 del Real Decreto-ley 21/2020, a tenor del cual, «el tratamiento de la información de carácter personal que se realice como consecuencia del desarrollo y aplicación del presente real decreto-ley se hará de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos», y «en lo establecido en los artículos ocho.1 y veintitrés de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad», precisándose en el mismo precepto la finalidad del tratamiento de los datos que se lleven a cabo y concretándose a los responsables de tales tratamientos.

OCTAVO. Finalmente, esta institución, respecto al resto de cuestiones que alegan en su solicitud los comparecientes el 25 de agosto, debe subrayar que:

- Cuando lo que está en juego es la depuración del ordenamiento jurídico, y ante la gravedad de la afirmación de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, los solicitantes de un recurso de inconstitucionalidad ante el Defensor del Pueblo han de desarrollar una argumentación suficiente que permita a esta institución analizar debidamente las cuestiones que se suscitan. No debe estimarse una pretensión que solo descansa en la mera aseveración genérica de una supuesta afectación de derechos fundamentales. Subyace en la solicitud un rechazo general a las medidas adoptadas durante la pandemia, análogas en lo sustancial a las de muchos países del mundo, alegando de forma genérica la violación de ciertos artículos de la Constitución, y sosteniendo que en la ponderación entre los derechos a la vida y a la salud, por una parte, y otros derechos, por otra, debieran prevalecer estos y no aquellos. Como se ha desarrollado en los fundamentos previos, teniendo en cuenta la Constitución y la doctrina del Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo no comparte esa solución.

- De acuerdo con los artículos 161.1 a) de la Constitución y 31 y siguientes de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en el recurso de inconstitucionalidad se analiza la adecuación de las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley a la Constitución. Las cuestiones de legalidad ordinaria, por contradecir presuntamente el Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, algo que no comparte esta institución, y las presuntas contradicciones entre distintas normas, que esta institución tampoco aprecia, no pueden ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad. Por lo demás, las leyes posteriores pueden modificar y derogar leyes anteriores. También los decretos-leyes que tienen rango de ley. Finalmente, la figura del decreto-ley implica un régimen jurídico nuevo para una situación nueva, tal y como exige la jurisprudencia constitucional más arriba citada (por todas, STC 29/2016, FJ 2).
- La protección del derecho a la vida y la integridad física, en el actual contexto de pandemia, modulando o limitando otros derechos, no implica una interpretación arbitraria de la Constitución ni su vulneración. Esto obliga a contemplar modalidades educativas compatibles con la crisis sanitaria y supone un notable esfuerzo de los poderes públicos para atender una situación verdaderamente límite.
- La discrepancia o la crítica política —o incluso científica— a la toma de decisiones por las administraciones no es fundamento suficiente para entender violada la Constitución ni justificado un recurso de inconstitucionalidad, máxime si, como es el caso, no se aporta doctrina constitucional alguna que justifique el salto cualitativo que exige el paso desde la crítica —por radical que sea— a una consideración de inconstitucionalidad.

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 6.1.a), 17 y 18 del Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el covid-19.