

*Resolución adoptada por el Defensor del Pueblo (e.f.), el 29 de septiembre de 2021, con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 2/2021, de 24 de junio, de medidas para la gestión de la pandemia de COVID-19, del País Vasco*

*(Boletín Oficial del País Vasco, núm. 128, de 30 de junio de 2021)*

## **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.** Las personas comparecientes solicitan la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 2/2021, de 24 de junio, de medidas para la gestión de la pandemia de covid-19, del País Vasco, publicada en el Boletín Oficial del País Vasco número 128, de 30 de junio de 2021.

La ley se estructura en seis títulos, que incorporan, respectivamente, las disposiciones generales, la regulación de la situación de emergencia sanitaria, la ordenación de las organizaciones y sistemas públicos de protección, el sistema integral de información de salud para la gestión de la emergencia sanitaria, las medidas generales y específicas para cada uno de los cinco niveles de alerta y el régimen sancionador. La ley contiene también tres disposiciones adicionales, una disposición transitoria y una disposición final.

**SEGUNDO.** Sostienen los solicitantes que la Ley 2/2021, de 24 de junio, del País Vasco vulnera la reserva de ley orgánica en tanto faculta a las autoridades sanitarias autonómicas, en situaciones de emergencia sanitaria por covid-19 y en función del nivel de alerta declarado, para la adopción de medidas que limitan los derechos fundamentales a la integridad física, la intimidad, la libertad de circulación y el derecho de reunión, consagrados en los artículos 15, 17, 18, 19 y 21 de la Constitución, habilitación que a su juicio está sujeta a reserva de ley orgánica, de conformidad con el artículo 81 de la Constitución.

Afirman también, sin mayor desarrollo argumental, que la normativa autonómica vulnera las competencias exclusivas estatales previstas en el artículo 149.1.16.<sup>a</sup> de la Constitución ("bases y coordinación general de la sanidad").

Por último, afirman que, con el fallo del Tribunal Constitucional respecto a la modificación de la Ley de Salud de Galicia, hay un precedente de inconstitucionalidad de la Ley 2/2021 del País Vasco.

Los comparecientes no especifican qué concretos preceptos de la ley estiman inconstitucionales, pero de sus escasos razonamientos se deduce que se refieren a algunos apartados del articulado de los títulos cuarto y quinto.

El título cuarto regula el sistema integral de información de salud para la gestión de la emergencia sanitaria, estableciendo determinaciones respecto a la realización de pruebas diagnósticas y vacunación, test aleatorios, cribados y rastreo de contagios y contactos, así como garantías específicas respecto a las aplicaciones informáticas y el tratamiento instrumental de datos personales.

El título quinto establece las medidas generales y específicas para cada nivel de alerta y comprende seis capítulos, dedicado el primero a la regulación de las medidas generales y de prevención general y los siguientes a los cinco niveles de alerta comprendidos en esta ley.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.** Con carácter preliminar, es preciso realizar algunas consideraciones previas. Es necesario aclarar, respecto a la analogía que encuentran los solicitantes con la Ley 8/2021, de 25 de febrero, de modificación de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia, que incurren en un error al afirmar que ha sido declarada inconstitucional, ya que la admisión a trámite de un recurso de inconstitucionalidad frente a una norma con rango de ley no se corresponde con una declaración de inconstitucionalidad.

En este caso, el presidente del Gobierno interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra el apartado cinco del artículo único de la Ley de Galicia 8/2021, en cuanto a la nueva redacción del artículo 38.2 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia. El 22 de abril de 2021 el Pleno del Tribunal Constitucional admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 1975-2021, en el que se invocaba el artículo 161.2 de la Constitución, lo que produce la suspensión de la vigencia y aplicación del precepto impugnado desde la fecha de interposición del recurso, es decir desde el 6 de abril de 2021.

Tanto el letrado de la Xunta de Galicia como el letrado oficial mayor del Parlamento de Galicia formularon alegaciones contra el recurso y solicitaron el 11 de junio de 2021 el levantamiento anticipado de la suspensión del precepto legal impugnado. El 20 de julio de 2021, el Tribunal Constitucional dictó un auto por el que acordó mantener la suspensión de lo dispuesto en la medida 5ª del artículo 38.2.b) de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia, en la redacción dada por el apartado cinco del artículo único de la Ley 8/2021, de 25 de febrero, y levantar la suspensión que afectaba al resto de lo dispuesto en el artículo 38.2 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia, en la redacción dada por el mismo apartado cinco del artículo único de la Ley 8/2021, ya citado.

Por tanto, cuando los comparecientes interpusieron sus solicitudes ante el Defensor del Pueblo no había todavía decisión alguna del Tribunal Constitucional relativa al fondo del recurso interpuesto por el presidente del Gobierno. A lo anterior se añade que, a finales de julio de 2021, el presidente del Gobierno y el de la Xunta de Galicia anunciaron que se retiraba el recurso de inconstitucionalidad.

Cualquiera que hubiera sido el devenir de la ley gallega, debe advertirse que la declaración de inconstitucionalidad de una norma con fuerza de ley por el Tribunal Constitucional se circunscribe únicamente a esta y no afecta a otras leyes o normas con fuerza de ley.

Como última consideración previa, esta institución debe subrayar que los solicitantes expresan razonamientos semejantes y genéricos sobre una presunta afectación a los derechos fundamentales por una ley autonómica que en su opinión vulnera la Constitución. Al respecto, debe recordarse que los solicitantes de la interposición de un recurso de inconstitucionalidad han de desarrollar una argumentación suficiente que permita al Defensor del Pueblo analizar debidamente las cuestiones que se suscitan. La razón estriba en que está en juego la depuración del ordenamiento jurídico mediante la grave afirmación de inconstitucionalidad de una norma con rango de ley. De ahí que no deba estimarse una pretensión que solo descansa en la mera aseveración genérica de una supuesta vulneración de los derechos fundamentales y la Constitución.

**SEGUNDO.** La limitación de derechos fundamentales está prevista y regulada en la Constitución. Los derechos fundamentales no son absolutos ni ilimitados. En ocasiones, pueden y deben ceder en su confrontación con otros derechos fundamentales o con otros bienes constitucionalmente protegidos para cuya garantía puede ser necesario restringirlos. Así lo advierte el artículo 10.1 de la Constitución cuando afirma que el respeto a los derechos de los demás es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social y así se desprende de los artículos 53.1 y 81.1 y de una consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 2/1982, FJ 5, entre otras muchas).

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

De acuerdo con una reiterada y conocida jurisprudencia constitucional, el legislador (más precisamente, los legisladores, dada la plural potestad legislativa que la Constitución implanta) tiene varias posibilidades de intervención normativa en el campo de los derechos fundamentales: el legislador orgánico, para el desarrollo de los derechos y libertades (artículo 81.1); el legislador ordinario, para regular el ejercicio (artículo 53.1); y el legislador autonómico al que el Tribunal Constitucional ha reconocido competencia para satisfacer la reserva de ley que establece el artículo 53.1.

Es claro pues que el legislador (orgánico y ordinario -entre el que se encuentra el legislador autonómico-) puede establecer límites a los derechos fundamentales. Límites entendidos como toda acción jurídica que entrañe o haga posible una restricción de las

facultades que constituyen el contenido de los derechos. Límites que pueden ser normales u ordinarios, pero que también pueden consistir en restricciones extraordinarias, temporales estas por definición.

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

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

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

Hay que tener presente, además, que la reserva de ley orgánica no implica que solo la Administración estatal pueda limitar estos derechos. Nada impide que la correspondiente ley orgánica otorgue a las autoridades de las comunidades autónomas (o incluso a las locales) el poder de restringirlos en determinadas circunstancias siempre que se respete el orden constitucional de distribución de competencias.

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

Los límites legales pueden ser bien restricciones directas del derecho fundamental mismo, bien restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental,

límites estos últimos que afectan solo a las condiciones de ejercicio de los derechos, sin modificar sus elementos ni su estructura (sujetos titulares, objeto, contenido). Modifican únicamente las condiciones accidentales o circunstanciales en que se ejercen o se realizan.

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

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

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

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

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

Avala esta interpretación que el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/1981, para los estados de alarma declarados con ocasión de una crisis sanitaria, permita a la autoridad competente adoptar, por sí, además de las medidas previstas en los artículos anteriores (las específicas del estado de alarma), las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas. De su contenido se deriva con claridad que, sin perjuicio de las medidas contenidas en la declaración de un estado de alarma, las autoridades sanitarias competentes, estatales o autonómicas, pueden acordar durante la vigencia del mismo otras previstas en la legislación sanitaria; se desprende también que tales medidas han de ser compatibles con las previstas por la declaración del estado de alarma y no pueden, por tanto, contravenirlas, sin incurrir en un vicio de inconstitucionalidad.

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

En consonancia con lo anterior, el preámbulo del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declaró el segundo estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2, señalaba que «durante la vigencia del estado de alarma, las administraciones sanitarias competentes en salud pública, en lo no previsto en esta norma, deberán continuar adoptando las medidas necesarias para afrontar la situación de emergencia de salud pública ocasionada por la COVID-19, con arreglo a la legislación sanitaria, en particular, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, así como en la normativa autonómica correspondiente».

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

Al amparo de estas leyes, las autoridades sanitarias autonómicas, tras la finalización del primer estado de alarma, han ido acordando medidas de prevención y control de la pandemia de covid-19, en función de la correspondiente situación epidemiológica en cada territorio, sus características específicas y sus concretas necesidades, al amparo del marco legal antes referido. Algunas de las medidas implican limitaciones de derechos fundamentales, como el derecho de reunión o el de libre circulación, entre otros, con un

alcance general en cuanto vinculan al conjunto de la población de un territorio determinado. Limitaciones que, a su vez, persiguen la protección de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos. La limitación del derecho de reunión y la libre circulación o de la intimidad y o de la autonomía personal vendría así motivada por la protección de los derechos a la salud, la vida y la integridad física, y por la protección de la salud pública (artículos 15 y 43 CE) en un contexto de grave riesgo para la salud pública, como lo es la pandemia de covid-19 y la emergencia sanitaria que ha provocado, con el fin de prevenirla y controlarla, mediante la reducción del riesgo de contagio de esta enfermedad infecciosa.

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

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

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

Dispone este precepto legal que «Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria [tanto el Estado como a las comunidades autónomas], en el ámbito de sus respectivas competencias, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Debe insistirse, además, en que las medidas previstas en el precepto dan respuesta a un conflicto entre derechos fundamentales: aquellos que se limitan, de los que se deriva para las autoridades competentes la obligación negativa de respetarlos; y los derechos a la vida y a la integridad física, que imponen a esas mismas autoridades la obligación positiva de protegerlos. Y no hay razón para resolver ese conflicto escogiendo la interpretación más favorable a los primeros y más perjudicial para los segundos, sino buscar la solución que resulte proporcional.

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

La Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, por su parte, establece en el artículo 54.1 que, «sin perjuicio de las medidas previstas en la Ley Orgánica

3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, con carácter excepcional, y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, la Administración General del Estado y las de las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla, en el ámbito de sus competencias respectivas, podrán adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la ley».

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

Los artículos 10.8 y 11.1. i) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, tras la reforma operada por la Ley 3/2020 de 18 de septiembre, prevén que las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional conozcan de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria, que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal o la estatal, respectivamente, consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente. El artículo 122 quater dispone que la tramitación de estas ratificaciones tendrá siempre carácter preferente y deberá resolverse en un plazo máximo de tres días naturales y que en ella será parte el ministerio fiscal. Las decisiones judiciales recaídas en estos procesos son ahora susceptibles de recurso de casación ante el Tribunal Supremo, tras la reciente reforma legal llevada a cabo por el Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, que busca así la unificación de la doctrina.

En suma, el Defensor del Pueblo estima constitucional que las autoridades sanitarias autonómicas, en un contexto de emergencia sanitaria y dentro del marco legal descrito, en especial al amparo del artículo 3 de la Ley Orgánica de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, adopten medidas de protección de la salud pública, en ejercicio de sus competencias ejecutivas, que supongan limitaciones temporales de derechos fundamentales con alcance general, siempre que justifiquen adecuadamente, en cualquier caso, su necesidad, idoneidad y proporcionalidad.

Así lo ha mantenido desde el verano de 2020 en las quejas tramitadas y en la resolución de las solicitudes de recursos de inconstitucionalidad planteados en conexión con esta cuestión, tal y como recoge el informe anual 2020 elevado a las Cortes Generales. Así lo ha recogido también la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo en sus sentencias 720/2021 de 24 de mayo, 788/2021, de 3 de junio, y 1.112/2021, de 14 de septiembre.

**SEXTO.** Las eventuales limitaciones de derechos fundamentales, contempladas en diferentes artículos de los títulos cuarto y quinto de la Ley 2/2021 del País Vasco, no son diferentes de las limitaciones de este derecho que las autoridades autonómicas han venido adoptando, en ejercicio de sus competencias ejecutivas y bajo el control judicial, al amparo de la Ley Orgánica 3/1986, la Ley 14/1986, General de Sanidad, y la Ley 33/2011, General de Salud Pública.

La reforma legal autonómica concreta las medidas susceptibles de ser adoptadas por la autoridad sanitaria competente en situaciones de grave riesgo para la salud pública en función de cinco niveles de alerta y mientras dure la emergencia sanitaria por covid-19.

A la hora de dilucidar si tal concreción se ha realizado dentro del marco previsto en la Constitución, el Estatuto de Autonomía y la legislación sanitaria orgánica y ordinaria básica de aplicación, esta institución interpreta que el régimen jurídico previsto en la Ley del País Vasco 2/2021 no constituye un desarrollo frontal ni comporta restricciones que supongan una limitación esencial de los derechos fundamentales que se ven afectados, sino que comporta únicamente la previsión de la posibilidad de modulaciones provisionales y limitadas de su ejercicio en circunstancias muy determinadas, razón por lo que no entraría en juego la reserva de ley orgánica.

En el supuesto de que la medida de limitación del derecho fundamental pudiera resultar especialmente gravosa, al aumentar su intensidad y el grado de afectación al contenido de algún derecho fundamental por su prolongación en el tiempo, quedaría, a juicio de esta institución, precisamente cubierta por la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, sin que se aprecie un desarrollo de esa norma orgánica por la ley autonómica, sino en todo caso su constreñimiento por concreción.

En una materia, la salud pública, en la que es competente la Comunidad Autónoma del País Vasco, en virtud de lo establecido en el artículo 149.1.16.<sup>a</sup> y su Estatuto de Autonomía, la regulación legal autonómica que se cuestiona por los solicitantes constituye una concreción legítima de lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, y en el resto de leyes estatales referidas, Ley 14/1986, General de Sanidad, y la Ley 33/2011, General de Salud Pública, susceptible, por ello, en los términos que se acaban de precisar, de desarrollo por el legislador autonómico.

Resulta determinante a esos efectos que la Ley 2/2021 del País Vasco no amplía los poderes ya otorgados por la Ley Orgánica 3/1986 a la autoridad sanitaria autonómica para limitar los derechos fundamentales, sino que, por el contrario, los reduce, los constriñe, al someter el poder genérico que, con amplia discrecionalidad, confiere el artículo tercero de dicha norma orgánica («las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible») a ciertas reglas sustantivas y de procedimiento, reforzando así las garantías y la seguridad jurídica.

De esta manera, la Ley 2/2021, de 24 de junio, especifica las medidas y modulaciones de derechos y de la actividad que se pueden adoptar en cada nivel de alerta, los presupuestos y procedimiento para declarar estos, recoge la temporalidad de las medidas, las exigencias del principio de proporcionalidad y su necesaria ratificación judicial. Además, los procedimientos y requisitos establecidos respetan los principios establecidos en la legislación estatal de carácter básico.

En lo que se refiere, en particular, a la realización de pruebas diagnósticas y vacunación, la regulación prevista en la Ley 2/2021, de 24 de junio, del País Vasco, prevé expresamente que se ajustará a lo previsto en los artículos 8 y 9.2.a de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. La denegación del consentimiento para la realización de las pruebas por la persona afectada se recogerá por escrito y llevará aparejada como consecuencia la imposibilidad de llevar a cabo el trabajo o la actividad sujeta a la realización de la misma, así como, en su caso, la posibilidad de que se impongan restricciones u obligaciones personalizadas en los términos previstos por esta ley. Este mismo precepto se aplicará a los efectos de la exigencia de vacunación.

Por tanto, la ley vasca no contempla la vacunación obligatoria sino restricciones a determinadas actividades y trabajos si no se acepta la misma y siempre por razones de salud pública y mientras dure la emergencia sanitaria, lo que parece plenamente acorde con la Ley Orgánica 3/1986 y la Ley 41/2002, de carácter básico.

En cualquier caso, hay que recordar que si bien la Ley 41/2002 pivota alrededor del principio de que toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado (artículo 8.1), reconoce expresamente como uno de los límites al mismo la existencia de riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas de conformidad con la Ley Orgánica 3/1986. Su artículo 9.2 a) dispone literalmente que «los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento (...) cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas».

Tal y como se ha razonado en el fundamento anterior, el artículo segundo de la Ley Orgánica 3/1986 apodera a las autoridades sanitarias competentes para adoptar «medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad». Además, en virtud de

su artículo tercero, las autoridades sanitarias, pueden adoptar las medidas que se consideren necesarias para evitar el riesgo de contagio de una enfermedad transmisible y controlar esta cuando lo exijan razones sanitarias y de salud pública de urgencia o necesidad.

De todo ello se concluye que, si bien la actual legislación en España no prevé la obligación general de vacunarse frente a enfermedad alguna, el marco jurídico descrito permitía ya, mucho antes de la aprobación de la Ley 2/2021 del País Vasco que la autoridad sanitaria (en este caso autonómica) estableciera la vacunación obligatoria para un grupo de personas, con el fin de evitar el riesgo de transmisión de una enfermedad infecciosa, siempre que se estuviera ante una situación sanitaria de urgencia, con grave riesgo para la salud pública y los derechos a la vida, la integridad física y la salud de los demás, y se justificara que tal vacunación resultaba una medida necesaria, idónea y proporcionada a fin de evitar los contagios y salvaguardar los otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos. Todo ello con el debido respeto a la legislación y coordinación estatales y la necesaria ratificación judicial. No se olvide en este punto que, tanto antes como después de la reforma legal autonómica que se examina, aquellas medidas adoptadas por la Administración sanitaria que puedan implicar restricción de la libertad o de otro derecho fundamental requieren de ratificación judicial. La Ley 2/2021 del País Vasco no ha añadido en este aspecto nada distinto a las habilitaciones y apoderamientos a las autoridades sanitarias autonómicas que ya estaban establecidas en el marco jurídico estatal previo.

Se trae a colación, a modo de ejemplo, que en las Illes Balears está vigente la obligación impuesta a los profesionales del tatuaje (micropigmentación estética) de vacunarse contra el tétanos y la hepatitis B, regulada en el artículo 11 a) del Decreto de Illes Balears 43/2003, de 2 de mayo. La obligación impuesta en el citado Decreto autonómico hace referencia al riesgo potencial de transmisión de enfermedades a través de la sangre asociado a estas prácticas, y al fin de minimizar estos riesgos, y también alude al artículo 43 de la Constitución que reconoce el derecho de todos los ciudadanos a la protección de la salud y la competencia de los poderes públicos para organizar y tutelar la salud pública, así como a los artículos 6.1, 18.5 y 25.2, de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, entre otros, que establecen que las administraciones públicas sanitarias han de velar y garantizar la protección de la salud de todos los ciudadanos, regulando en su artículo 24 la intervención de los órganos competentes en las actividades públicas o privadas, que directa o indirectamente, puedan tener consecuencias negativas para la salud. Previsiones de la Ley General de Sanidad, completadas hoy en día por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, en cuanto a las posibilidades de intervención preventiva por parte de las autoridades sanitarias para aquellas actividades públicas o privadas que puedan entrañar, directa o indirectamente, consecuencias negativas para la salud.

Otro ejemplo de la aplicación del marco jurídico más arriba descrito sucedió en 2010 en un barrio de Granada donde se produjo un brote de sarampión. Al fomentar la vacunación urgente, la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía constató que había niños cuyos padres se negaban a vacunarlos. Por ello, era previsible que el virus del sarampión siguiese circulando en la comunidad y no fuera posible evitar que se contagiasen tanto los niños muy pequeños que no tenían edad para ser vacunados como los enfermos con inmunodepresión que no se podían vacunar. Es decir, se precisaba la vacunación general para proteger a los más frágiles, en un brote que al final afectó a casi 300 personas. La Consejería de Sanidad de la Junta de Andalucía solicitó al juez la vacunación obligatoria de los menores cuyos padres no querían inocularla a sus hijos, lo que el juez autorizó tras sustentar su decisión en la Ley Orgánica 3/1986 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre límites a derechos fundamentales, al considerar que perseguía «un fin constitucionalmente legítimo; que su adopción se encuentra amparada por una norma de rango legal; y que existe proporcionalidad de la medida de manera que es idónea y necesaria a los fines constitucionalmente legítimos que se pretenden, sin implicar un sacrificio desmedido» (Auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 5 de Granada, del 24 de noviembre de 2010).

**SÉPTIMO.** Por último, tampoco aprecia esta institución contradicción alguna entre la ley autonómica cuestionada y la legislación sanitaria estatal de carácter básico. En nuestro ordenamiento, en sanidad, las normas básicas son las normas y principios generales adoptados por el legislador estatal conforme al artículo 149.1.16.<sup>a</sup> de la Constitución, que informan y ordenan esta materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional.

Este marco se concreta en la exigencia de que exista un sistema normativo sanitario nacional «con una regulación uniforme mínima y de vigencia en todo el territorio español, eso sí, sin perjuicio de las normas que sobre la materia puedan dictar las comunidades autónomas en virtud de sus respectivas competencias» (SSTC 61/1997, FJ 7; 173/1998, FJ 9; 188/2001, FJ 12; 37/2002, FJ 12; 152/2003, FJ 3, y STC 22/2012, FJ 3, entre otras).

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

Las medidas que contempla la Ley 2/2021, de 24 de junio, del País Vasco, son en unos casos idénticas a las establecidas en las leyes estatales, todas ellas referidas en los fundamentos anteriores, y en otros se amparan en la cláusula residual prevista en

ellas. De ahí que, a juicio de esta institución, la ley autonómica esté ejerciendo, legítima y válidamente, las competencias autonómicas de desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado.

### **RESOLUCIÓN**

De acuerdo con lo razonado, el Defensor del Pueblo (e.f.), oída la Junta de Coordinación y Régimen Interior, previa la oportuna deliberación y con pleno respeto a cualquier opinión discrepante, resuelve **no interponer** el recurso de inconstitucionalidad solicitado contra la Ley 2/2021, de 24 de junio, de medidas para la gestión de la pandemia de COVID-19, del País Vasco.