«Razones imperiosas de salud pública» en la «normalidad constitucional»: La habilitación de restricción y suspensión de derechos fundamentales del artículo 43 de la Constitución Española

«Overriding Public Health Reasons» in «Constitutional Normality»: The Habilitation Clause for Restriction and Suspension of Fundamental Rights in the 43rd Article of Spanish Constitution

Adrián Hidalgo Alcañas[1]

DOI: https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)13

Comentario a
STC 136/2024, del 5 de noviembre
Tribunal Constitucional de España

Acceso al Fallo

RESUMEN:
En la continua jurisprudencia constitucional española sobre conflictos competenciales y, en otro orden de cosas, afecciones de derechos fundamentales, una nueva sentencia del Tribunal Constitucional resuelve. Reitera la aplicación de los criterios de distribución de competencias del sistema de fuentes y decide, en un cambio de doctrina, la posibilidad de restricción de derechos fundamentales en contextos de crisis sanitarias que precisen medidas preventivas. El límite ya no es el criterio del alcance de la injerencia, sino el régimen jurídico de la restricción de derechos fundamentales.

1 Estudiante de quinto curso del doble grado en Derecho y Ciencia política y Administración pública, Universidad Autónoma de Madrid (UAM). Mail: adrian.hidalgoa@estudiante.uam.es.
Nro. de ORCID: https://orcid.org/0009-0005-1229-7037.

ABSTRACT
In the Spanish constitutional jurisprudence on competence's conflicts and, in another order of things, affectations of fundamental rights, a new ruling of the Constitutional Court resolves. It reiterates the application of the criteria for the system of sources' distribution of competences and decides, in a change of doctrine, the possibility of restricting fundamental rights in contexts of health crises that require preventive measures. The limit is no longer the criterion of the scope of interference, but the restriction of fundamental rights' legal regime.

PALABRAS CLAVE: Reserva ley orgánica; competencias; restricción de derechos fundamentales; cambio de doctrina; inconstitucionalidad.

KEYWORDS: Organic Law's reservation; competences; fundamental rights' restriction; doctrine change; unconstitutionality.

I. Introducción

La pandemia de Covid-19 supuso en el ámbito jurídico-constitucional el surgimiento de problemáticas hasta el momento inéditas, en la mayoría de los casos concernientes a derechos fundamentales. Una de las más debatidas en España fue el criterio diferenciador de afección limitación-suspensión y sus consecuencias en el sistema de fuentes.

En la presente sentencia del Tribunal Constitucional español (en adelante «STC») 136/2024, la litis era otra. Los recurrentes impugnaron una ley autonómica por infracción del régimen de injerencia en derechos fundamentales, de la reserva de ley orgánica del art. 81.1 de la Constitución Española (en adelante «CE»), de su falta de competencia en la materia, y la reproducción inconstitucional de legislación orgánica.

En la sentencia, deliberada y votada el día 5 de noviembre de 2024, el TC resolvió, entre las restantes cuestiones, el cambio de la doctrina de la STC 148/2021 relativa a la delimitación restricción-suspensión de derechos fundamentales. Consideró que estaba «superada». En contexto de crisis sanitaria, sin perjuicio y sin obligación de declarar estado excepcional (art. 116 CE), se podrá «restringir» cualquier derecho fundamental por «razones imperiosas de salud pública»[2] en la «normalidad constitucional»[3].

II. Objeto, partes y problemática jurídico-constitucional.

El 10 de mayo de 2021 se registró en el Tribunal Constitucional (en adelante «TC») escrito por el que cincuenta diputados del Grupo Parlamentario VOX en el Congreso de los Diputados interponían recurso de inconstitucionalidad (art. 32. 1. c de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en adelante «LOTC») contra el artículo único, apartado 5 de la Ley del Parlamento de Galicia 8/2021, de 25 de febrero, (en adelante «Ley 8/2021») que modificó la redacción del art. 38 de la Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia (en adelante «Ley 8/2008»).

2 STC 136/2024, FJ. 4º. B, c), i).

3 STC 83/2016, FJ. 7º. El término empleado es el contrario: «anormalidad constitucional» para referirse a los estados de alarma, excepción o sitio. «Normalidad constitucional» supone atribuir la facultad de restringir o suspender derechos fundamentales sin obligación de declaración de tales estados de excepcionalidad.

1. Los recurrentes y su *petitum*.

A. Infracción del régimen de limitación y suspensión de derechos fundamentales. En primer lugar, los recurrentes destacan el carácter de legislación ordinaria de la nueva regulación que establece supuestos de injerencia en derechos fundamentales por razones de salud pública. En estos casos, sería de aplicación preferente la legislación ordinaria autonómica, según los recurrentes, y no la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.
Con esta regulación, se habilitaría a las autoridades de la Xunta de Galicia para dictaminar medidas de intervención en los derechos fundamentales sin necesidad de haberse declarado estado de alarma, excepción o sitio. Por tanto, sin necesidad de declaración (transitoria) de excepcionalidad, que supone cierta uniformidad en todo el territorio del Estado español.

B. Infracción de reserva de ley orgánica y de la distribución de competencias.
Prosiguen considerando que la regulación no tiene amparo en el pretendido fundamento al que se refiere, la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública (en adelante «Ley Orgánica 3/1986»). Esta no remite a su ulterior desarrollo en legislación autonómica y, su caso, excedería su carácter complementario en tanto que positiviza medidas no enunciadas, lo que supondría la vulneración de la reserva de ley orgánica del art. 81. 1 CE.

Además, la «colaboración internormativa» no tendría fundamento en la distribución de competencias. Son las Cortes Generales las únicas competentes, «competencia exclusiva» (Muñoz Machado, 2011a: 473), en materia de «bases y coordinación general de la sanidad» (art. 149. 1. 16.ª CE) y «regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos» (art. 149. 1. 1.ª CE).

C. Vicio de inconstitucionalidad en la reiteración de preceptos de la Ley Orgánica 3/1986.
En tercer lugar, los recurrentes argumentan que los apartados a) y b) inciso primero del art. 38. 2 de la Ley 8/2008 son reproducción literal de los arts. 1, 2 y 3 de la Ley Orgánica 3/1986. La inconstitucionalidad no sería por el contenido, sino por la falta de competencia para regular, por vulneración de la distribución de competencias – o ausencia de «título competencial»-.

D. Intervenciones inconstitucionales en derechos fundamentales.
Por último, asocian las habilitaciones de los diversos apartados del art. 38. 2. b) de la Ley 8/2008 con limitaciones, suspensiones o vulneraciones de derechos fundamentales. Así, los subapartados 1, 3 y 6 vulnerarian el art. 17 CE (imposibilidad de privación de libertad) porque faculta para confinar, en aislamiento o cuarentena, sin aplicación de los arts. 55. 1 CE y 116 CE. El subapartado 6 i) y ii) permite la derogación de los derechos de libre circulación y elección de residencia (art. 19 CE) con la restricción de la circulación, entrada y salida de zonas determinadas. La restricción a la agrupación de personas del subapartado 6 iii) supondría la derogación de los derechos fundamentales de los arts. 21, 10 y 17 CE porque la prohibición de acceder a o salir de zonas de la vía pública imposibilita reunirse, en público o privado, y manifestarse, que son expresiones de la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad. Por último,

los subapartados 2, 4, 5 y 6 iv) facultan para someter a vacunación forzosa, lo que afecta a la integridad física (art. 15 CE), a la libertad (art. 17 CE) y a la intimidad (art. 18 CE) personales.

También alegan, en este punto, que el art. 38. 2. b), 7 de la Ley 8/2008 es una «cláusula de cierre» que facultaría a las autoridades de la Comunidad Autónoma de Galicia para establecer cualquier medida, lo que supondría vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE).

2. Las otras partes en el proceso.

A propuesta de la Sala Tercera del TC, el Pleno acordó en Providencia (art. 86. 1 LOTC) de 23 de junio de 2021 admitir el recurso de inconstitucionalidad a trámite (recurso de inconstitucionalidad núm. 2901/2021) y dar traslado de la demanda y los documentos al Congreso de los Diputados y al Senado, a través de sus presidentes, al Gobierno de España a través del Ministerio de Justicia, a la Xunta y Parlamento de Galicia (art. 34. 1 LOTC). Se personaron en el procedimiento todos los notificados. Solo los letrados de la Xunta y el Parlamento de Galicia presentaron escrito de alegaciones.

A. Alegaciones del letrado de la Xunta de Galicia.

En su escrito de alegaciones, el letrado de la Xunta de Galicia argumentó que la Ley 8/2021 del Parlamento de Galicia, que modificaba la Ley 8/2008, complementa la Ley Orgánica 3/1986 -«no extensa en su articulado»- en lo que no está desarrollado, pero en todo caso «implícito» y «claramente autorizado». De hecho, dota de mayor seguridad jurídica con la positivización de la facultad de imponer medidas concretas y sujetas a mayor control: de proporcionalidad (art. 38 ter. 3 Ley 8/2008), limitación temporal (art. 38 ter. 4) y control judicial (art. 38 ter). Incluso la cláusula de cierre del art. 38. 2. b), 7 de la Ley 8/2008, reproducción de una «del mismo tipo» de la Ley Orgánica 3/1986, se somete a estas limitaciones.

En segundo lugar, aseguraba que las medidas del art. 38. 2 de la Ley 8/2008 no suspenden derechos fundamentales. No son de «intensidad y afectación» comparables a las del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, del Gobierno de España por el que decretó el primer estado de alarma, ni afectarían a todo el territorio nacional, sino a zonas concretas de Galicia. Tampoco, a su juicio, los recurrentes fundamentan «suficientemente» por qué las medidas comprendidas en la regulación gallega «no tendrían amparo suficiente» en la legislación orgánica cuando muchas son concreción de facultades más o menos genéricas establecidas en la Ley Orgánica 3/1986.

Respecto a la reserva de ley orgánica, el escrito defendía que la nueva regulación es ejercicio de las competencias en materia de salud de la Comunidad Autónoma de Galicia (art. 33 del Estatuto de Autonomía para Galicia, en adelante «EAG») que se complementa con la regulación de la Ley Orgánica 3/1986 en cuanto a las «medidas preventivas» de obligada adopción conforme con el art. 43 CE. La legislación autonómica solo completaría su ejercicio mediante un régimen jurídico específico para Galicia. Además, solo cabe apreciar infracción respecto del «estricto marco» de la reserva, y no imposibilita el ejercicio competencial autonómico en la materia respecto del contenido de la regulación.

También crítica la falta de concreción de los recurrentes en su vulneración alegada de

los arts. 149. 1. 1ª. y 16ª CE. Máxime cuando invocan una vulneración sin transgresión determinada, no muestran contravención entre preceptos de la legislación gallega y la legislación orgánica. A su juicio, no hay antinomia, sino «absoluta fidelidad a la normativa básica estatal».

Por último, reseña que no toda reproducción es inconstitucional, sino que lo es potencialmente. Se excepciona si la reiteración en la legislación autonómica de legislación orgánica mejora la comprensión de los preceptos. Y, a su juicio, concurre en el presente caso.

B. Alegaciones del letrado del Parlamento de Galicia.
Las alegaciones presentadas por el letrado del Parlamento de Galicia son más sucintas.
Considera, primero, que la legislación autonómica tiene amparo en la competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de sanidad (art. 33. 1 del EAG) como desarrollo de las bases y coordinación general en la ordenación competencial del art. 149. 1. 16ª CE. Tampoco entiende contravenido el art. 149. 1. 1ª CE en tanto que no existe relación directa con derecho o derechos afectados, debiendo entender que la «igualdad en el ejercicio de los derechos» no establece cómo debe ejercerse la competencia autonómica y sus resultados.

Respecto de la regulación de los supuestos del art. 38. 2 de la Ley 8/2008, estima que ni desarrolla ni restringe derechos fundamentales, son «modulaciones provisionales y limitadas». Es una afección comprendida en el art. 43 CE y en los términos de la Ley Orgánica 3/1986.

Por último, coincide implícitamente con la posición expuesta por el letrado de la Xunta en cuanto a la complementación de las legislaciones orgánica y autonómica. De un lado, la primera establece las bases de la materia. Del otro, el ejercicio de competencia autonómica de desarrollo que aporta mayor «predictibilidad» y seguridad jurídica.

3. Problemática jurídico-constitucional.
La litis del proceso es, en esencia, una problemática de competencias concurrentes (Muñoz Machado, 2011b: 476-477) y exclusiva entre la legislación orgánica, ergo «competencias exclusivas» de las Cortes Generales, y la legislación autonómica de desarrollo, del Parlamento de la Comunidad Autónoma de Galicia. El conflicto se plantea respecto de dos cuestiones: suspensión y limitación de derechos fundamentales, y técnica de reproducción parcial de la legislación orgánica.

III. Análisis de la sentencia.
En la sentencia se plantea un orden de enjuiciamiento de las impugnaciones (FJ. 3º) que se resuelve en los sucesivos fundamentos jurídicos (4º, 5º y 6º). El voto particular sugiere la pertinencia de establecer otro orden -uno «estrictamente metodológico»- con otro resultado parcial, pero trascendental como se verá en el apartado específico del voto particular.

El orden seguido es el primero, el de la sentencia, porque el propuesto en el voto particular complicaría la comprensión del comentario. En el presente apartado se analizan sucesivamente los fundamentos tercero a sexto en este orden.

1. Orden de enjuiciamiento de las cuestiones.
El FJ. 3º establece que el «orden lógico» de «tratamiento de las impugnaciones» es el siguiente: (a) si el art. 38. 2. b) de la Ley 8/2008 configura un régimen que habilita la suspensión de derechos fundamentales o (b) infringe la reserva de ley orgánica de desarrollo de los derechos fundamentales, (c) si el art. 38. 2. a) reproduce inconstitucionalmente la Ley Orgánica 3/1986 y (d) si el apartado 7 del art. 38. 2. b), incluido como cláusula de cierre, infringe el principio de seguridad jurídica del art. 9. 3 CE.

2. La potencial habilitación de suspensión de derechos fundamentales del art. 38. 2. b).
El «orden metodológico» que plantean los formuladores del voto particular exigiría invertir el «orden lógico» del presente apartado con el siguiente, correspondientes a los fundamentos jurídicos cuarto y quinto respectivamente. Así, la cuestión de la reserva de ley orgánica (FJ. 5º) debería ser anterior, en tanto que problemática de sistema de fuentes, a la potencial vulneración de derechos fundamentales (FJ. 4º), en cuanto aplicación del sistema de fuentes. Las consecuencias no son menores, como después se verá (vid. infra. especialmente voto particular).

A. Doctrina de la STC 148/2021, de 14 de julio, de la diferenciación entre restricción y suspensión de derechos fundamentales y «evolución de la doctrina en contexto de crisis sanitaria»: SSTC 61/2023, de 24 de mayo, y 38/2023, de 20 de abril.
En la STC 148/2021 se estableció la jurisprudencia, vigente hasta la presente sentencia (STC 136/2024), en materia de injerencia en derechos fundamentales. En concreto, diferenciaba restricción de suspensión en función de la «intensidad de la injerencia», «atendiendo a la gravedad del resultado limitativo producido». El análisis de la medida «obliga a determinar ex ante y en abstracto» si es restricción o suspensión y, aplicando el sistema de fuentes, la inconstitucionalidad de «intromisiones de altísima intensidad» o suspensiones mediante decreto de estado de alarma, reservadas al estado de excepción o sitio.

En la presente sentencia, los magistrados firmantes interpretan como «evolución posterior de la doctrina constitucional en relación con las restricciones de derechos fundamentales en contextos de crisis sanitaria»[4] las SSTC 61/2023, respecto del derecho de reunión (art. 21 CE), y 38/2023, sobre el derecho a la integridad física (art. 15 CE). En la unificación de la interpretación realizada, consideran que dichas restricciones no se limitan, ergo no se deben limitar según su razonamiento, a los derechos fundamentales del art. 55. 1 CE. Por tanto, la nueva jurispruencia habilita la "restricción" respecto de cualquier derecho fundamental, "en contexto de crisis sanitaria", y no solo los comprendidos en el art. 55. 1 CE.

La STC 61/2023, doctrina reiterada en sentencias posteriores, concluyó que el derecho fundamental de reunión podrá ser objeto de restricciones «especialmente intensas por motivos preventivos de salud pública (art. 43)»[5] siempre que cumplan estrictamente el juicio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

La STC 38/2023, doctrina reiterada en sentencias posteriores, ponderó los «intereses públicos» de la obligación de vacunación con la injerencia que supone en el derecho

4 FJ. 4º. B, b).
5 STC 136/2024, FJ. 4º. B, b).

a la integridad física (art. 15 CE). Concluyó que el art. 43. 2 CE habilitaba «el desarrollo de políticas públicas de favorecimiento de la vacunación».

B. Conclusiones «doctrinales» o «superación de doctrina» de la STC 148/2021.
Estas sentencias mostrarían la «falta de operatividad real» de la diferenciación restricción-suspensión de derechos fundamentales en función del grado de injerencia. Es posible restringirlos, incluso con medidas de «altísima intensidad», por «razones de salud pública» y sin amparo del art. 55. 1 CE. Según las «necesidades», el «legislador sanitario» podrá establecer medidas «de intensidad muy variable» en tutela de «la salud pública» (art. 43 CE), minimizando la injerencia y «circunscribiéndola a lo estrictamente necesario según las exigencias del contexto»[6].

Los límites de la restricción también son comunes: el «régimen de garantías» del art. 53. 1 CE (norma con rango de ley y «respeto del contenido esencial»), certidumbre o previsibilidad en la delimitación del supuesto de hecho y sus consecuencias, y el principio de proporcionalidad. Se somete «imperativamente al régimen de garantías» de la restricción de derechos fundamentales, pero en concurrencia de «normalidad constitucional»[7]. Sin posibilidad (nominativa) de suspensión.

Si bien, y como se deduce de la nueva doctrina, esta se entiende sin perjuicio de las injerencias en derechos fundamentales que pudieran imponerse con la declaración de estado de alarma -restricción-, excepción o sitio -suspensión-. Cuando proceda, será de aplicación el art. 116 CE y la Ley Orgánica 4/1981.

En definitiva, la presente sentencia (136/2024), considera «superada la doctrina fijada en al [la] STC 148/2021». No es, para el TC, un «criterio determinante» de la diferenciación restricción-suspensión la «intensidad de la injerencia en el ámbito del derecho fundamental», «no pueden distinguirse abstractamente» sino que habrá de atenderse a los «requisitos constitucionales necesarios» (art. 53. 1 CE, previsibilidad de la delimitación y sus consecuencias, y principio de proporcionalidad).

C. Resolución del argumento de inconstitucionalidad.
La argumentación de los recurrentes respecto de la inconstitucionalidad del art. 38. 2. b) inciso segundo de la Ley 8/2008 se ajustaba a la «doctrina superada». Siendo estas medidas facultativas en supuesto de crisis sanitaria, orientadas a «proteger la salud colectiva», están sujetas a juicio de proporcionalidad y control judicial -del art. 38 ter no impugnado-. A juicio del tribunal, es constitucional en aplicación de la nueva doctrina.

D. Conclusión: *nomen iuris* en la no graduación.
Del cambio de doctrina se extrae una consecuencia muy relevante. La STC 148/2021 decidió una problemática trascendental en materia de injerencia de derechos fundamentales. El criterio de determinación de restricción-suspensión, como graduación de grado de afectación de las medidas restrictivas, es una decisión ex ante, en abstracto y atendiendo al «resultado limitativo» de la subsunción de la medida en una categoría u otra -como categorías dialécticas-. En el *continum* de su abstracción, obligaba a calificar y determinar, conforme con la norma que establecía la medida, si se

6 FJ. 4º. B, c), i).
7 STC 83/2016, FJ. 7º.

ajustaba a su régimen jurídico.

Superada dicha doctrina, la actual está condicionada por el *nomen iuris* de la calificación: solo es y puede ser «restricción (a lo sumo» y no suspensión. En caso de crisis sanitaria, y «por razones imperiosas de salud pública», el «legislador sanitario» podrá establecer «medidas de intervención en los derechos fundamentales de intensidad muy variable, según las necesidades preventivas» (art. 43. 2 CE). En caso de que el contenido limitativo fuere «especialmente intenso» no afectará la calificación ni se vinculará con una previa declaración de estado excepcional -alarma, excepción o sitio-.

La solución de la nueva doctrina a la determinación restricción o suspensión es calificar toda «injerencia» como «restricción» y remitir su constitucionalidad al régimen jurídico de la norma que establezca la medida. Por tanto, no habrá, en supuestos de «tutela de la salud pública» mediante «medidas preventivas» en contexto de crisis sanitaria, suspensión de derechos fundamentales. La inconstitucionalidad podrá ser por infracción del art. 53. 1 CE, falta previsibilidad de la delimitación y sus consecuencias, o incumplimiento del principio de proporcionalidad. Nunca por el alcance o contenido «especialmente intenso»[8].

3. La potencial infracción de reserva de ley orgánica para el desarrollo de derechos fundamentales del art. 38. 2. b de la Ley 8/2008.

Como motivo subsidiario, los recurrentes alegan que el propio art. 38. 2. b) inciso segundo de la Ley 8/2008 infringe la reserva de ley orgánica del art. 81. 1 CE. Ni la Ley Orgánica 3/1986 menciona o remite al desarrollo legislativo autonómico ni la legislación autonómica es ejercicio de competencias atribuida a la Comunidad Autónoma de Galicia.

El TC ordena la resolución: 1º). ha de determinarse el ámbito de la reserva de ley orgánica (art. 81. 1 CE), «como cuestión ateniente al sistema de fuentes», y 2º realizar el «examen competencial» (art. 149. 1. 1ª y 16ª CE). Este apartado analiza la primera cuestión, el apartado 4 la segunda.

La relación entre la reserva de ley orgánica y la atribución competencial respectiva alude a dos «figuras» de «contenido» y «finalidad» variado. El art. 81. 1 CE no atribuye título competencial, pero su delimitación implica que la legislación autonómica no puede regular ese concreto margen de rango. El primer argumento de impugnación del art. 38. 2. b) inciso segundo se refiere a lo reservado a ley orgánica.

En el análisis, la jurisprudencia del TC establece tres criterios: A) delimitación de la reserva de ley orgánica aplicando el principio de interpretación restrictiva (subapartado A), B) «criterio delimitador general» o regulación de los elementos esenciales de derechos fundamentales por ley orgánica (subapartado B) y C) «criterios interpretativos auxiliares» complementario al delimitador general (subapartado C).

A. El principio de interpretación restrictiva de la reserva de ley orgánica.

El primer criterio implica interpretar la reserva que el art. 81. 1 CE contiene en favor de ley orgánica de forma estricta o restrictiva. La jurisprudencia del TC ha rechazado su interpretación «puramente formal» porque podría favorecer la perduración

8 FJ. 4º. C.

de legislación orgánica aprobada por mayorías esporádicas hasta la consecución de mayorías análogas en una dirección regulatoria distinta o contraria. Por tanto, el principio de mayoría reformada o cualificada es excepcional. Y, en última instancia, tan contrario al art. 81. 1 CE es la legislación ordinaria de materia orgánica como legislación orgánica de materia ordinaria (Jiménez Campo y Duque Villanueva, 2011: 407).

Respecto de los derechos fundamentales, la determinación restrictiva del alcance material de la reserva de ley orgánica es doble: a) solo los derechos fundamentales *stricto sensu*, los de la Sección 1ª, Capítulo II, Título I de la CE (arts. 15-29), y b) exclusivamente de desarrollo directo de los aspectos básicos de «complemento indispensable o necesario» del articulado de la Constitución[9].

B. «Criterio delimitador general» del ámbito de reserva de ley orgánica.
El «criterio delimitador general» contrapone desarrollo directo y regulación complementaria. Es «desarrollo directo» la determinación del alcance del derecho, sus aspectos consustanciales y la determinación de los potenciales conflictos con otros derechos fundamentales o bienes jurídicos. Es regulación complementaria «las normas procedimentales que permiten su efectiva ejecución» no concernientes al «ámbito o alcance del derecho»[10].

Solo será constitucional, conforme con el ámbito de reserva de ley orgánica, la que desarrolle directamente el derecho fundamental. No lo será la regulación complementaria.

C. «Criterios interpretativos auxiliares» del «criterio delimitador general».
A veces, resulta insuficiente determinar la concreción del ámbito de la reserva de ley orgánica. Por tanto, «al criterio delimitador general» le «sirven de auxilio hermenéutico» unas «pautas interpretativas complementarias» -o «criterios interpretativos auxiliares»-. Estos son dos.

Por un lado, la concreción en la regulación orgánica de su propio ámbito, la definición del la definición del 'margen de configuración' concreto en la discrecionalidad del ámbito de la reserva. Por otro, si del análisis del «criterio delimitador general» no es posible la subsunción -dialéctica- en «desarrollo directo» o «regulación complementaria», habrá de determinarse si, «por sus propias características», tiene una «relación más directa» con la primera o con la segunda categoría.

D. Enjuiciamiento de la potencial infracción.
El TC procede a aplicar la doctrina en el siguiente orden: 1º) ¿el art. 38. 2. b) inciso segundo de la Ley 8/2008 afecta a derechos fundamentales sometidos reserva de ley orgánica?; 2º) si hay afección, ¿es restricción o suspensión?; 3º) ¿es, *prima facie*, desarrollo directo o regulación complementaria de estos derechos fundamentales?; y 4º) aplicación de los «criterios interpretativos auxiliares».

En primer lugar, el tribunal establece el esquema de relaciones entre las medidas del artículo impugnado y la afección concreta de derechos fundamentales. Lo son, en tanto que la legislación autonómica faculta la implementación de tales medidas, los artículos

9 STC 173/1998, FJ. 7º.
10 FJ. 5º. 2. B, a).

19, 18. 1, 21, 15 y 17 CE. Y concluye que la afección es propia «de las medidas de restricción» de dichos derechos[11]. Además, el régimen sancionador aplicable al incumplimiento de las medidas (arts. 41 bis, 42 bis y 43 bis Ley 8/2008) refuerza su carácter coactivo.

En tercer lugar, y considerando que este es un «ámbito normativo reservado por la Constitución al legislador orgánico», la Ley 8/2008 determina «las medidas de restricción o injerencia que pueden acordarse» que es legislación propiamente orgánica (art. 81. 1 CE) en cuanto desarrollo directo.

Por último, respecto de los «criterios interpretativos auxiliares», el tribunal considera que la 'delimitación del ámbito propio del legislador orgánico [la Ley Orgánica 3/1986, prius (en cursiva) de la legislación autonómica] y del legislador ordinario [Ley 14/1986, de medidas especiales en materia de salud pública]' fue 'inequívoca'. Estas leyes, tramitadas en conjunto, eran en origen un único proyecto. No obstante, la división atendió al desglose de medidas concretas de restricción de derechos fundamentales entre los de la sección 1ª, capítulo II, título I de la Constitución -por ley orgánica-, y otros con las reglas complementarias de aplicación -por ley ordinaria-.

Por tanto, no procede, en lo que concierne al segundo criterio, el argumento de la constitucionalidad del art. 38. 2. b) inciso segundo de la Ley 8/2008 en cuanto «dota de mayor certidumbre o predeterminación» a la Ley Orgánica 3/1986. Esa mayor concreción ya fue prevista con el complemento de la Ley 14/1986. La inconstitucionalidad es, pues, por transgresión del sistema de fuentes y no por el contenido de la legislación autonómica.

E. Conclusión e inconstitucionalidad por conexión.
La inconstitucionalidad y nulidad del art. 38. 2. b) de la Ley 8/2008 también implica la del régimen sancionador [arts. 41 bis, c), d), e), y f); 42 bis c), incisos c, d y f; 42 bis d) y e); y 43 bis b) y c)] por conexión (art. 39. 1 LOTC).

4. La potencial inconstitucionalidad de la reproducción del art. 38. 2. a) y b) inciso primero de la Ley 8/2008.
En el último fundamento jurídico se analiza la cuestión pendiente de la «reproducción indebida» (*lex repetita*) de los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica 3/1986 por el art. 38. 2. a) y b) inciso primero alegada por los recurrentes. Sería inconstitucional por vulneración del sistema de atribución de competencias en materia de bases y coordinación general de la sanidad (art. 149. 1. 16ª CE) y fijación de las condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de los derechos (art. 149. 1. 1ª CE).

A. Supuestos de *lex repetita*.
La jurisprudencia del TC distingue dos supuestos de *lex repetita*[12]: 1) ambas normas, la que reproduce y la reproducida, regulan una materia cuya competencia es compartida entre el «Estado» y la comunidad autónoma; o 2) la reproducción en materia de competencia exclusiva del «Estado».

La STC 51/2019, FJ. 6º a), establece que será constitucional la reproducción en el primer supuesto si (i) tiene como objetivo facilitar la comprensión del desarrollo norma-

11 FJ. 5º. 3. B.
12 STC 157/2021, FJ. 6º.

tivo autonómico y (ii) no introduce alteraciones «subrepticias». En el segundo caso, la inconstitucionalidad es en todo supuesto por falta de competencia autonómica.

El orden enjuiciamiento de la cuestión se divide en tres fases: a) si el art. 38. 2. a) y b) de la Ley 8/2008 reproduce contenido normativo en una materia con competencias compartidas; b) si la finalidad de la reproducción es la facilitación del desarrollo autonómico; y c) si la reproducción no es subrepticia.

B. Enjuiciamiento del art. 38. 2. a) y b) inciso primero como supuesto de *lex repetit*a.
En primer lugar, el TC concluye que el art. 149. 1. 16ª CE atribuye al «Estado» competencia exclusiva en materia de «sanidad exterior» y «bases y coordinación general de la sanidad». En esta, las comunidades autónomas ostentan competencia de «desarrollo legislativo y ejecución». Así, el art. 33. 1 del EAG positiviza dicha competencia.

También considera el TC que la reproducción de los artículos segundo y tercero de la Ley Orgánica 3/1986, sin perjuicio de la potencial inconstitucionalidad no alegada del art. 38 ter de la Ley 8/2008, facilita la comprensión del desarrollo legislativo autonómico para la ejecución de las medidas en el territorio de Galicia.

Por último, considera que las variaciones en la reproducción son mínimas y no «desnaturalizan el contenido» de la norma reproducida. Esta ni siquiera es una cuestión debatida por las partes.

C. Conclusión.
La alegación es desestimada porque, a juicio del tribunal, el art. 38. 2. a) y b) no es inconstitucional por reproducción normativa en materia con competencias compartidas.

5. La potencial infracción del principio de seguridad jurídica del art. 38. 2. b), 7 de la Ley 8/2008.
Habiendo declarado la inconstitucionalidad de la letra b) inciso segundo del art. 38. 2 de la Ley 8/2008, que comprende una enumeración (*numerus apertus*) de «medidas preventivas» y la «cláusula de cierre» del subapartado 7, no procede examinar la cuestión relativa a la infracción alegada del principio de seguridad jurídica (art. 9. 3 CE).

6. Fallo.
El TC estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad y declaró inconstitucionales y nulos (art. 39. 1 LOTC) los arts. 38. 2. b) inciso segundo; 41 bis. c), d), e) y f); 42 bis. c) incisos c), d) y f); 42 bis. d) y e); y 43 bis. b) y c) de la Ley 8/2008. Desestimó el recurso «en todo lo demás.»

IV. El voto particular.
Es relevante, por último, analizar brevemente el voto particular emitido (art. 90. 2 LOTC) por cinco magistrados. Aunque comparten el fallo y la argumentación de los fundamentos jurídicos 1º, 2º, 5º y 6º, «manifiestan» su «completa discrepancia» con el examen de una queja que consideran inexistente, el orden de enjuiciamiento de la sentencia y la argumentación del FJ. 4º.

1. «Análisis de queja inexistente».
Entienden por inexistente un *petitum* no planteado por los recurrentes. La consecuen-

cia es «un *overruling* explícito de la doctrina que este tribunal [TC] estableció en la STC 148/2021». Y el resultado es que la argumentación en el FJ. 4º «no es coherente» con la demanda, con el relato de antecedentes del contenido de la demanda, con la descripción de la posición de los recurrentes del FJ. 1º, ni con «con las precisiones en torno al objeto del recurso» del FJ. 2º.

Los magistrados emisores consideran que la sentencia «manipula los razonamientos de la demanda» para formular una queja nueva que exige revisión de la doctrina de la STC 148/2021. No obstante, los recurrentes impugnan el art. 38. 2 de la Ley 8/2008 por infracción de la reserva de ley orgánica y de la *lex repetita* en materia que, sostienen, no es competencia compartida. A su juicio, era «absolutamente innecesario» revisar la doctrina para analizar la potencial transgresión del art. 81. 1 CE.

Por tanto, consideran «evidente» que la presente sentencia incurre en exceso de jurisdicción, «con la única finalidad de dejar sin efecto una doctrina, la de la STC 148/2021» y «sin justificación suficiente».

2. Sobre el orden de enjuiciamiento (FJ. 3º).
La inclusión de la «queja inexistente» influye en el razonamiento de la mayoría de los magistrados del TC. Se establece como cuestión anterior, en cuanto «infracción del régimen constitucional de suspensión de los derechos fundamentales», a la de la reserva de ley orgánica.

Los emitentes del voto particular consideran que el «orden metodológico» hubiera sido el inverso, porque la potencial infracción de la reserva de ley orgánica concierne al sistema de fuentes y condiciona el razonamiento subsiguiente. En consecuencia el cambio de doctrina «habría devenido innecesario».

3. La STC 148/2021 e «improcedencia de revisión de la doctrina sentada».
Los magistrados objetan una cuestión formal y varias materiales sobre la «improcedencia de revisión» de la doctrina de la STC 148/2021.

Primero, consideran que no era necesario ahondar en la diferenciación restricción-suspensión de derechos fundamentales porque lo relevante es que «ninguna ley autonómica permite acordar medidas de este tipo, con independencia de la intensidad de las restricciones».

Respecto de las cuestiones materiales, más allá de las críticas a la coincidencia entre los argumentos de los votos particulares en la STC 148/2021 contra la doctrina «superada», las «razones sustantivas» refuerzan la consideración de que las SSTC 38/2023 y 61/2023 no instan la superación de la doctrina de la STC 148/2021.

La primera sentencia, respecto de la discrepancia entre progenitores sobre la «inoculación de la vacuna contra la Covid-19 a su hijo menor» (Medina Álvaro, 2024: 284), no se pronuncia sobre la vulneración de los derechos fundamentales (Medina Álvaro, 2024: 293), y en particular del art. 15 CE que se referencia en la presente sentencia, ni obliga a someterse a vacunación obligatoria[13]. La segunda «no tiene valor alguno» porque el derecho de reunión (art. 21 CE) «seguía rigiéndose por su legislación específica».

13 Voto particular, 6 ii).

En definitiva, «las sentencias del Tribunal Constitucional que se citan no justifican esa solución». Se «camufla» la revisión «como resultado de una evolución natural» de la jurisprudencia del TC cuando «[n]o hay tal evolución.»

V. Conclusiones

La cuestión que, en principio, parecía la litis principal no se ha resuelto con nueva doctrina. Los criterios jurisprudenciales de análisis de infracción de reserva de ley no han sido novados. Tampoco la cuestión de la *lex repetita* es objeto de revisión doctrinal.

La relevancia de la doctrina, superación de la establecida en la STC 148/2021, radica en la especialidad del examen de la «restricción» -*nomen iuris* no suspensión- de derechos fundamentales en contextos de crisis sanitarias en virtud del art. 43 CE. La constitucionalidad de las medidas se ajustará a los límites de restricción de derechos fundamentales: art. 53. 1 CE, previsibilidad de la delimitación y sus consecuencias, y principio de proporcionalidad. No será procedente en estos casos, a juicio del tribunal, examinar en abstracto y *ex ante* el alcance de la injerencia -restricción o suspensión- y su conformidad con el sistema de fuentes.

El principio que parece inspirador del cambio de doctrina, *salus populi suprema lex est*[14], puede sustanciar decisiones «constitucionales» del TC que, en pro de la protección frente a la amenaza -quizá en algún momento ni siquiera sanitaria-, maticen el régimen jurídico de protección de derechos fundamentales. Esa es la posición del control jurídico «concentrado» del «sistema kelseniano» de constitucionalidad (Aragón Reyes, 2011: 298).

Referencias bibliográficas

• Aragón Reyes, M. (2011). Tribunal Constitucional. En M. Aragón Reyes & C. Aguado Renedo (Dirs.), *Temas básicos de derecho constitucional. Tomo II* (pp. 298–303). Navarra: Thomson Reuters-Civitas.
• Jiménez Campo, J., & Duque Villanueva, J. C. (2011). Ley orgánica. En M. Aragón Reyes & C. Aguado Renedo (Dirs.), *Temas básicos de derecho constitucional. Tomo I* (pp. 405–409). Navarra: Thomson Reuters-Civitas.
• Mediana Álvaro, M. (2024). Duelo al sol: La vacunación de menores contra la COVID-19 en caso de discrepancias entre los progenitores. *Revista Derecho y Salud, 8*(9), 283–294.
• Muñoz Machado, S. (2011a). Competencias exclusivas. En M. Aragón Reyes & C. Aguado Renedo (Dirs.), *Temas básicos de derecho constitucional. Tomo II* (pp. 473–474). Navarra: Thomson Reuters-Civitas.
• Muñoz Machado, S. (2011b). Competencias concurrentes. En M. Aragón Reyes & C. Aguado Renedo (Dirs.), *Temas básicos de derecho constitucional. Tomo II* (pp. 476–479). Navarra: Thomson Reuters-Civitas.
• Negro Pavón, D. (2020, 28 de abril). Ex Oriente virus. *Disidentia*.

14 FJ. 4º. B, c).
La fórmula es originaria de la Antigua Roma, parece que principio político tácito existencial (Marcus Tullius Cicero, *De Legibus*, Libro III, Parte III, Sub. VIII). La institución de la dictadura romana pudo ser formalización implícita del principio, esto es, la excepcionalidad remite a la dirección de todos los medios y recursos para su superación (Schmitt, 2013 [1926]: 354). Es superarla o perecer (Negro Pavón, 2020).

https://disidentia.com/ex-oriente-virus/
• Schmitt, C. (2013). Dictadura. En C. Schmitt, *Ensayos sobre la dictadura,* 1916–1932 (pp. 351–359). Madrid: Tecnos. (Obra original publicada en 1926)

Legislación.
• España. (1978). *Constitución Española de 27 de diciembre de 1978. Boletín Oficial del Estado (BOE)*, núm. 311, 29 de diciembre de 1978.
• España. (1979). *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Boletín Oficial del Estado (BOE)*, núm. 239, 5 de octubre de 1979.
• España. (1981). *Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, del Estatuto de Autonomía para Galicia. Boletín Oficial del Estado (BOE)*, núm. 101, 28 de abril de 1981.
• España. (2008). *Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia. Diario Oficial de Galicia* (DOG), núm. 143, 24 de julio de 2008; Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 202, 21 de agosto de 2008.

Jurisprudencia.
• Tribunal Constitucional. (1998, 23 de julio). *Sentencia 173/1998*. Recurso de inconstitucionalidad núm. 1014/1988. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 197, 18 de agosto de 1998.
• Tribunal Constitucional. (2016, 28 de abril). *Sentencia 83/2016*. Recurso de amparo núm. 4703/2012. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 131, 31 de mayo de 2016.
• Tribunal Constitucional. (2019, 11 de abril). *Sentencia 51/2019.* Recurso de inconstitucionalidad núm. 8741/2009. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 116, 15 de mayo de 2019.
• Tribunal Constitucional. (2021, 16 de septiembre). *Sentencia 157/2021*. Recurso de inconstitucionalidad núm. 315/2020. Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 251, 20 de octubre de 2021