

Expediente Núm. 93/2010
Dictamen Núm. 100/2010

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 8 de abril de 2010, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 25 de febrero de 2010, examina el expediente relativo al proyecto de Decreto por el que se establecen los requisitos higiénico-sanitarios aplicables a los establecimientos en los que se realicen prácticas de tatuaje, micropigmentación, perforación cutánea u otras técnicas similares de decoración corporal.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Contenido del proyecto

El proyecto sometido a consulta se inicia con un texto que, a modo de preámbulo, comienza describiendo el riesgo de transmisión de enfermedades hemáticas que conllevan las prácticas de decoración corporal con perforación de piel o mucosas, cada vez más frecuentes entre el público juvenil.

Entre los presupuestos normativos de la regulación que aborda cita el artículo veinticuatro de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, sobre la intervención pública en las actividades que, directa o indirectamente, puedan tener consecuencias negativas para la salud, y el artículo tercero de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública, que establece, con el fin de controlar las enfermedades de carácter transmisible, que la autoridad sanitaria “podrá adoptar las medidas preventivas que estime necesarias en supuestos de riesgo”.

Indica a continuación que “el Principado de Asturias tiene competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de sanidad e higiene, conforme al artículo 11 de su Estatuto de Autonomía”, y que la norma vigente, “constituida por el Decreto 85/1988, de 4 de agosto”, debe ser mejorada, declarando como objetivos del proyecto normativo “regular las condiciones higiénico sanitarias de los establecimientos en los que se desarrollen algunas (...) prácticas de tatuaje, micropigmentación, perforación cutánea y otras técnicas similares de decoración corporal” y “garantizar una formación adecuada a las personas que aplican estas técnicas”.

La parte dispositiva del proyecto de Decreto está integrada por veintitrés artículos, una disposición adicional, una transitoria y tres finales. Los artículos del proyecto se agrupan en siete capítulos, denominados: “Objeto y ámbito de aplicación”, que engloba los 4 primeros artículos; “Condiciones sanitarias de los establecimientos, equipos, instrumental de trabajo y productos”, que contiene los artículos 5 a 7; “Normas de higiene y protección”, integrado por los artículos 8 y 9; “Información y protección (de) las personas usuarias”, que comprende los artículos 10 a 13; “Formación del personal aplicador”, que incluye los artículos 14 y 15; “Autorización, registro e inspección”, que abarca los artículos 16 a 19, y “Régimen sancionador”, compuesto por los artículos 20 a 23.

La disposición adicional única regula la formación adquirida en otras Comunidades Autónomas; la transitoria única se dedica al plazo de adaptación de los establecimientos; la final primera se refiere a la “inaplicación del Decreto 85/1988, de 4 de agosto” a las actividades objeto de la norma proyectada; la

final segunda faculta al titular de la Consejería respectiva para actualizar los anexos y dictar las disposiciones de desarrollo y ejecución necesarias, y la final tercera fija la entrada en vigor del Decreto “el día siguiente al de su publicación” en el Boletín Oficial del Principado de Asturias.

Completan el proyecto seis anexos, dedicados respectivamente a: “métodos de esterilización”, “métodos de limpieza y desinfección”, “materiales aceptados para joyas tras perforación cutánea”, “botiquín para auxilio elemental”, “documento de consentimiento expreso” y “contenidos básicos del programa de formación” para los profesionales que realicen tales actividades.

2. Contenido del expediente

El procedimiento se inicia mediante Resolución del Consejero de Salud y Servicios Sanitarios de 20 de enero de 2009, en la que se ordena la tramitación del procedimiento para la elaboración del “proyecto de Decreto por el que se establecen los requisitos higiénico-sanitarios aplicables a los establecimientos en los que se realicen prácticas de tatuaje, micropigmentación, perforación cutánea u otras técnicas similares de arte corporal”, a la vista del informe sobre su necesidad y el texto propuesto por el Jefe del Servicio de Régimen Jurídico, con el visto bueno del Director de la Agencia de Sanidad Ambiental y Consumo, con fecha 11 de diciembre de 2008.

Se ha incorporado al expediente la “memoria económica”, suscrita por el Jefe del Servicio de Régimen Jurídico de la Agencia de Sanidad Ambiental y Consumo el 15 de diciembre de 2008, en la que se concluye que “su aprobación no comporta incremento de gasto alguno”.

Igualmente se adjuntan dos textos del proyecto, identificados por la referencia a sus respectivas fechas (3 de febrero y 10 de marzo de 2009), sin indicación alguna de cuáles son las variaciones entre ellos, ni a propuesta de quién se efectúan los cambios, y en los que se advierte, en relación con el de 11 de diciembre de 2008, una modificación en el título de la norma, sustituyéndose la mención al “arte corporal” por “decoración corporal”.

Con fecha 1 de junio de 2009, el Consejero de Salud y Servicios Sanitarios dicta Resolución por la que se ordena el sometimiento del proyecto de Decreto al trámite de información pública, incorporándose al expediente un nuevo documento que se identifica como “texto sometido a información pública 17-05-2009”, nuevamente sin mención alguna de posibles modificaciones. El anuncio correspondiente se publica en el Boletín Oficial del Principado de Asturias de 24 de junio de 2009, sin que conste que se hayan presentado alegaciones durante dicho trámite. A su vez, se concede el trámite de audiencia a dos asociaciones empresariales de establecimientos de peluquería, quienes tampoco formulan alegaciones.

Posteriormente, y sin que se acredite la introducción de modificaciones, el Secretario General Técnico de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios (en adelante Secretario General Técnico instructor) remite el borrador a la Comisión Asturiana de Administración Local, que emite informe favorable en la sesión de 28 de octubre de 2009, y al día siguiente lo envía a las Secretarías Generales Técnicas de las restantes Consejerías que integran la Administración del Principado de Asturias, para que, en el plazo de ocho días, puedan formular las observaciones que estimen oportunas.

Con idéntica fecha, el mismo Secretario General Técnico traslada el proyecto a la Dirección General de Presupuestos, en solicitud del “preceptivo informe”.

El día 4 de noviembre de 2009, la Secretaria General Técnica de la Consejería de Presidencia, Justicia e Igualdad remite al Secretario General Técnico instructor las observaciones “realizadas por el Instituto Asturiano de la Mujer”, suscritas por una Asesora Jurídica de dicho Instituto, con el objetivo de implantar “un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo”. En ellas se sugieren modificaciones “intentando (...) conseguir un resultado que se adapte por igual a la condición masculina y femenina de las personas a que se refiere” el texto normativo.

La misma Secretaria General Técnica le envía, el día 6 de noviembre de 2009, el informe realizado por la Jefa del Secretariado del Gobierno. En él se

plantea suprimir la mención concreta a la “Agencia de Sanidad Ambiental y Consumo”; efectúa una observación genérica al capítulo VII, “en el sentido de que no se atenúen ni se agraven las conductas” tipificadas como infracciones en el artículo treinta y cinco de la Ley General de Sanidad, sin explicitar en qué casos lo hace el proyecto, y que se revise la numeración de los apartados del artículo 20.

Finalmente, con fecha 9 de noviembre de 2009, la Secretaria General Técnica de la Consejería de Economía y Hacienda traslada al Secretario General Técnico instructor un conjunto de observaciones de contenido gramatical y de corrección técnica, realizadas por la Coordinadora de Régimen Jurídico y Normativa I. En relación con el artículo 20, señala que “no se deben introducir cambios” respecto a lo dispuesto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y, sobre la parte final, afirma no entender “el objetivo de la disposición final primera”, precisando que la facultad atribuida en la segunda al titular de la Consejería debe circunscribirse a la actualización de los anexos.

Con fecha 10 de noviembre de 2009, la Dirección General de Presupuestos, a la vista de la información contenida en la memoria económica que acompaña al proyecto en la que se indica que la aprobación de la norma no supondrá incremento de gasto alguno, informa favorablemente el proyecto.

A continuación figura incorporado al expediente un texto con las “observaciones de los Secretarios Generales Técnicos (15-12-2009)” tintadas en rojo, y una “tabla de vigencias”, de fecha 8 de febrero de 2010, en la que se señala que la aprobación del proyecto “no determina la derogación de normas del Principado de Asturias”. El día 8 de febrero de 2010, el Secretario General Técnico de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, como responsable de la tramitación del proyecto normativo, emite un informe sobre el procedimiento tramitado y el texto que se pretende aprobar. En él se especifica que su fundamento jurídico “se encuentra en el artículo 11.2 del Estatuto de Autonomía de Asturias, que atribuye a nuestra Comunidad Autónoma, en el marco de la legislación básica del Estado, y, en (su) caso, en los términos que la misma establezca, competencias en materia de sanidad e higiene”.

Respecto a la tramitación, expone que “fue sometido al trámite de información pública y remitido para alegaciones” a dos asociaciones empresariales; que fue “informado favorablemente por la Comisión Asturiana de Administración Local” y que únicamente se formularon “sugerencias por la Consejería de la Presidencia, Justicia e Igualdad y por la Consejería de Economía y Hacienda que fueron en su mayor parte tenidas en consideración”.

Por último, el texto es analizado e informado favorablemente por la Comisión de Secretarios Generales Técnicos y Secretarías Generales Técnicas el día 11 de febrero de 2010, según certifica la Jefa del Secretariado del Gobierno y Secretaria de la citada Comisión, añadiendo que el proyecto de Decreto “se remite al Consejo Consultivo del Principado de Asturias para emisión de dictamen”.

3. En este estado de tramitación, mediante escrito de 25 de febrero de 2010, registrado de entrada el día 3 de marzo siguiente, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al proyecto de Decreto por el que se establecen los requisitos higiénico-sanitarios aplicables a los establecimientos en los que se realicen prácticas de tatuaje, micropigmentación, perforación cutánea u otras técnicas similares de decoración corporal, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- Objeto del dictamen y competencia

El expediente remitido se refiere a un proyecto de Decreto por el que se establecen los requisitos higiénico-sanitarios aplicables a los establecimientos en los que se realicen prácticas de tatuaje, micropigmentación, perforación cutánea u otras técnicas similares de decoración corporal. El Consejo Consultivo

emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra e), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra e), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Tramitación del procedimiento y contenido del expediente

Respecto de la tramitación del procedimiento de elaboración del proyecto de Decreto, debemos comenzar por señalar que el artículo 32 de la Ley 2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias (en adelante Ley de Régimen Jurídico del Principado de Asturias), dispone en su apartado 2 que “Deberá incorporarse necesariamente al expediente la memoria expresiva de la justificación y adecuación de la propuesta a los fines que persiga la norma y la incidencia que habrá de tener ésta en el marco normativo en que se inserte. Se incorporarán igualmente los estudios e informes previos que hubieren justificado, en su caso, la resolución o propuesta de la iniciativa, así como la tabla de vigencias de disposiciones anteriores sobre la misma materia y disposiciones que pudieran resultar afectadas y, en su caso, estudio acreditativo del coste y beneficio que haya de representar”.

En el inicio de este procedimiento y en el curso de su tramitación se han incorporado los documentos preceptivos. Se ha sometido el proyecto de disposición al trámite de información pública, mediante la inserción del correspondiente anuncio en el Boletín Oficial del Principado de Asturias, y al trámite de audiencia de dos asociaciones empresariales; se ha emitido informe por la Secretaría General Técnica responsable de la tramitación, y se ha remitido el proyecto a las restantes Consejerías que integran la Administración del Principado de Asturias, en trámite de observaciones, según dispone el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico del Principado de Asturias.

Igualmente se ha solicitado informe a la Comisión Asturiana de Administración Local, a tenor de lo dispuesto en el “artículo 2.2.a) de la Ley del Principado de Asturias 1/2000, de 20 de junio, por la que se crea la Comisión Asturiana de Administración Local”.

Por lo que se refiere al contenido del expediente, se han incorporado al mismo, además del texto inicial propuesto por el Jefe del Servicio de Régimen Jurídico, cuatro borradores (de fechas 3 de febrero, 10 de marzo, 27 de mayo y 29 de octubre de 2009 -texto remitido a las Secretarías Generales Técnicas-) sin que conste información alguna sobre posibles modificaciones y, en su caso, en función de qué propuesta se habrían introducido. Si los textos resultasen idénticos (y ya hemos reflejado que el segundo difiere del texto inicialmente propuesto por la Agencia de Sanidad Ambiental y Consumo al menos en su título), la sucesiva incorporación de ellos, identificándolos por sus respectivas fechas, sólo induce a la confusión. Por otro lado, si no lo fueran no cabría entender cumplida estrictamente la obligación de remitir el expediente completo, dado que no existe en él constancia de en qué se modifica el texto inicial ni a propuesta de quién se hace.

TERCERA.- Base jurídica y rango de la norma

El Principado de Asturias ostenta, de conformidad con lo establecido en el artículo 11.2 de su Estatuto de Autonomía, la competencia de desarrollo legislativo y la ejecución en materia de sanidad e higiene, en el marco de la legislación básica del Estado.

En el ejercicio de esta competencia, corresponde al Principado de Asturias la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, que habrá de ejercer respetando, en todo caso, lo dispuesto en la Constitución. Sobre la base de dicho título, y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo veinticuatro de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la Comunidad Autónoma dictó en su día el vigente Decreto 85/1988, de 4 de agosto, por el que se establecen las “normas higiénico-sanitarias que han de observar los trabajadores de atención personal, con el fin de controlar las

enfermedades de transmisión sanguínea”, cuyas previsiones sobre instrumental, manejo y limpieza de utensilios (según el preámbulo del texto normativo que se proyecta) “es necesario mejorar”, así como regular las “condiciones de los locales (...) y los requisitos exigidos al personal aplicador”.

A la vista de las competencias estatutarias asumidas, debemos considerar, con carácter general, al margen de las matizaciones posteriores, que el Principado de Asturias resulta competente para dictar la disposición reglamentaria objeto de este dictamen, y que su rango -decreto- es el adecuado, a tenor de lo establecido en el artículo 25.h) de la Ley 6/1984, de 5 de julio, del Presidente y del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, y en el artículo 21.2 de la Ley de Régimen Jurídico del Principado de Asturias.

CUARTA.- Observaciones de carácter general al proyecto

I. Ámbito material de la norma.

De una primera comparación entre el título competencial y el contenido concreto del proyecto de Decreto, debemos concluir que no se aprecia objeción en cuanto a la competencia autonómica, que encuentra su apoyo en las asumidas en nuestro Estatuto de Autonomía.

II. Técnica normativa.

Antes de abordar el análisis específico del articulado, debemos realizar, con carácter general, unas consideraciones de naturaleza técnico-normativa.

El proyecto en elaboración establece en el Principado de Asturias el régimen jurídico y los requisitos higiénico sanitarios aplicables a los establecimientos de tatuaje, micropigmentación, perforación u otras técnicas similares de decoración corporal. Al hacerlo, aunque no se explicita en su preámbulo, opera necesariamente en dos planos normativos: el común de la Unión Europea y el nacional o propio interno. En el primero, la norma proyectada debe cumplir, en el ámbito de las competencias de la Comunidad Autónoma y en un sector material concreto, con la compleja obligación de

resultado que la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los Servicios en el Mercado Interior (en adelante Directiva de Servicios), impone a todas las autoridades de los Estados miembros destinatarios, que no es otra que facilitar el ejercicio de las libertades de establecimiento y de libre prestación de servicios reconocidas en el derecho originario o primario de la Unión Europea. Por ello, desde la perspectiva de la técnica normativa, hay que tener presente que, según jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tan reiterada que hace innecesaria su cita concreta, las disposiciones de una directiva deben ser ejecutadas con indiscutible fuerza imperativa y con la especificidad, precisión y claridad necesarias para cumplir la exigencia de seguridad jurídica, la cual requiere que, en el supuesto de que la directiva tenga como fin crear derechos a favor de los particulares, los beneficiarios puedan conocerlos y estar en condiciones de invocarlos ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Esta doctrina pone de relieve que las exigencias inherentes a la ejecución de una directiva en el ordenamiento interno -claridad, precisión, publicidad, estabilidad normativa- no tienen primordialmente una función de naturaleza formal, sino material, ya que persiguen garantizar la plena eficacia de la norma comunitaria y la seguridad jurídica en la tutela de los derechos que confiere a los particulares.

En el plano del derecho nacional, el Estado, en el ejercicio de sus competencias, incorporó la Directiva de Servicios con carácter general mediante una compleja tarea legislativa que supuso la promulgación de las Leyes 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio, y 25/2009, de 22 de diciembre, de Modificación de Diversas Leyes para su Adaptación a la Ley sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio. Estas normas estatales regulan en algunos de sus preceptos las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles; en otros, establecen reglas de aplicación general o reglamentan materias de competencia exclusiva del Estado, y, finalmente, una parte de su articulado contiene normativa básica en materias específicas. La

distinta cualidad de la normativa estatal deberá ser tenida especialmente en cuenta en el proyecto examinado.

En segundo lugar, debería valorarse la posibilidad de optar por distinguir en la estructura del proyecto remitido entre el reglamento que establece los requisitos higiénico técnico-sanitarios de tales establecimientos y el decreto que lo aprueba, tal y como la propia Administración consultante distinguió, a sugerencia de este Consejo Consultivo, en el Decreto 140/2009, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento Técnico-Sanitario de las Piscinas de Uso Colectivo. Esta estructura formal parece la más adecuada para una disposición que se dicta con la vocación de constituir un desarrollo general y completo de la materia objeto de regulación, en definitiva un “reglamento”, norma con sustantividad propia e independiente respecto del decreto que lo aprueba, cuyo contenido podría entonces limitarse a un único artículo de aprobación del reglamento, junto con las disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y finales pertinentes.

Por último, también como cuestión de técnica normativa, debemos detenernos en el análisis de la disposición final primera de la norma proyectada, que literalmente señala que “Las actividades objeto de regulación por el presente decreto quedarán excluidas de la aplicación del Decreto 85/1988, de 4 de agosto”. En puridad, se pretende la modificación de una norma vigente, alterando su objeto, lo que en principio resulta acorde con el contenido propio de este tipo de disposiciones. Sin embargo la técnica normativa empleada plantea problemas interpretativos, comprometiendo el principio de seguridad jurídica.

Con relación a las disposiciones finales, las directrices de técnica normativa contenidas en la Guía para la elaboración y control de disposiciones de carácter general, aprobada por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 2 de julio de 1992, indican que, tratándose de preceptos que “modifiquen el Derecho vigente”, debe procederse “en la forma prevista en el apartado II-B)-5-6”. En tales apartados, por lo que aquí interesa, se recoge que “se expresarán con precisión y claridad los datos de la parte que modifican (letras, párrafos,

apartados, capítulos, etc.) y el tipo de modificación realizada (nueva redacción o adición) (...). Cuando se trate de nueva redacción se transcribirá el texto íntegro del apartado o del artículo objeto de la modificación (...). A los efectos anteriores se seguirá el orden de la disposición modificada. Para evitar alteraciones en el articulado de la disposición en el caso de adición o supresión de artículos completos se podrá acudir a la utilización de artículos bis o a la declaración de artículos sin contenido”.

Al no haber operado así, y dado que determinados supuestos (tatuajes y “cualesquiera otros de análogas características” -artículo 2-) aparecen regulados, tanto en lo que se refiere a medios personales como materiales, en el Decreto 85/1988, de 4 de agosto, actualmente en vigor, la aplicación del nuevo reglamento obligará al operador jurídico a realizar una labor interpretativa compleja, fácilmente evitable y con resultado más acorde con el principio de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución, mediante la modificación formal del mencionado Decreto 85/1988, de 4 de agosto, de acuerdo con las directrices de técnica normativa transcritas.

Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

QUINTA.- Observaciones de carácter singular al proyecto

Debemos señalar, con carácter previo, que para facilitar la comprensión de estas observaciones nos referiremos al texto según la estructura del que se ha sometido a la consideración de este Consejo, con independencia del criterio técnico que hemos apuntado en la consideración jurídica anterior.

Sobre el título de la disposición, en concreto sobre la indicación del contenido u objeto, las directrices de técnica normativa citadas señalan que “deberá ser precisa y completa pero también breve y concreta, procurando huir de fórmulas excesivamente largas (...). Identificará plenamente a la disposición

y la distinguirá de las demás”. A la vista de ello, estima este Consejo que, en aras de la concisión y brevedad que ha de inspirar su redacción, debería modificarse el título por otro más breve. Para ello cabría eliminar la referencia a “los establecimientos”, dado que en realidad gran parte de su contenido también se dedica al personal y a los utensilios, siendo lo verdaderamente determinante de la norma el establecimiento de los requisitos higiénico-sanitarios aplicables a determinadas actividades de decoración corporal. En definitiva, cabría titular la norma simplemente como “requisitos higiénico-sanitarios de las actividades de tatuaje, micropigmentación, perforación u otras técnicas similares de decoración corporal”, considerando más adecuado que el título se refiera genéricamente a la “perforación”, pues esta expresión refleja apropiadamente la inglesa (*body*) *piercing*, práctica que no sólo es “cutánea”, sino de mucosas y otros tejidos corporales, como hace patente el propio articulado del proyecto. De acogerse nuestra anterior observación acerca de la estructura de la disposición, debería referirse también a la aprobación de un reglamento.

El texto de carácter expositivo ha de estar precedido de un título o enunciado, que habrá de ser el de “Preámbulo”. Tal consideración deriva de lo establecido en las directrices de técnica normativa citadas, que no distinguen, en esta concreta materia, entre leyes y decretos.

En el artículo 2, letra e), se define a la “instalación no fija” como el “establecimiento de carácter móvil o no permanente en el que se lleven a cabo las actividades” correspondientes. Teniendo en cuenta que el calificativo móvil puede significar “que puede moverse o se mueve por sí mismo”, o bien “que no tiene estabilidad o permanencia”, la lectura de esta definición plantea la duda de si se está refiriendo a la primera acepción o a la segunda, o bien a las dos, pues la utilización de la conjunción “o” permite interpretar la segunda opción como alternativa, pero también como sinónimo de “móvil”. Abunda en esa duda interpretativa el último párrafo de la definición anterior -“d) establecimiento”-

dado que en su desarrollo señala que las actividades pueden llevarse a cabo con carácter exclusivo o integrado en establecimientos “donde se realicen otras actividades. Dicho establecimiento puede consistir en una instalación no fija”. Finalmente, las dificultades de interpretación podrían surgir igualmente a la hora de aplicar el apartado 2 del artículo 4, que prohíbe este tipo de prácticas fuera de los “establecimientos adecuados y autorizados”, tales como “puestos ambulantes y similares”, y al considerar que el artículo 16, sobre la autorización de los locales, se refiere al Ayuntamiento del lugar “donde radique” -en el sentido de permanencia- la actividad, lo que también parece contradecir la existencia de establecimientos móviles en el primero de los sentidos citados, ya que en ese caso la norma habría de referirse al lugar “donde se ejerza” la actividad.

En definitiva, este Consejo Consultivo entiende que deberían establecerse las definiciones con mayor rigor terminológico en función del resultado finalmente pretendido y, una vez alcanzada esa precisión, proceder a salvar las posibles contradicciones entre los artículos mencionados si fuera necesario.

El artículo 8 se dedica al establecimiento de los “requisitos para el personal aplicador”, refiriéndose su apartado primero a la exigibilidad de que se encuentren vacunados frente a algunas enfermedades en términos de mera recomendación -“deberían estar vacunados contra aquellas enfermedades que se puedan transmitir por vía sanguínea y para las que se dispongan de vacunas eficaces” y “en todo caso, recomendable la vacuna frente a la hepatitis B”-. Hemos de poner de relieve que los contenidos no prescriptivos, que son los propios de una norma jurídica, no tienen por qué estar excluidos de modo absoluto, y por ello cabe que una disposición contenga meras directrices. Sin embargo, consideramos que en este supuesto concreto no puede guardar silencio sobre estas cuestiones, dada su evidente incidencia en el bien jurídico fundamental a salvaguardar, que, como se indica en la exposición de motivos -innominada- de la propia norma, resulta ser “la protección de la salud de las personas usuarias de los establecimientos donde se efectúan e, igualmente, del

propio personal que aplica dichas técnicas". Si se parte de la premisa de que esas técnicas "presentan riesgos de transmisión de enfermedades por contacto con sangre" y que algunas de ellas (VIH y hepatitis) generan la "mayor preocupación" de las autoridades sanitarias, no parece coherente con tales planteamientos que una de las estrategias más eficaces en la prevención de algunas de esas enfermedades se resuelva con una mera recomendación. Por tanto, este Consejo considera que la Administración consultante debería valorar la posibilidad de imponer la obligación de vacunación para determinadas enfermedades que cuenten con vacunas eficaces.

En el artículo 10, *in fine*, se realiza una remisión a lo establecido en el artículo 13 sobre los menores de edad y los incapacitados, disponiéndose, en este último, a propósito del consentimiento expreso para someterse a este tipo de prácticas, que el de las "personas menores no emancipadas deberá prestarse por sus representantes legales". Al respecto entiende este Consejo Consultivo que la Administración pretende establecer una norma clara y precisa en este ámbito, lo que en principio habría de merecer una valoración positiva. Sin embargo, la compleja realidad que se desea acomodar con la simple mención a la mayoría de edad de las personas -según el artículo 315 del Código Civil, los 18 años cumplidos- resulta tener muchas más facetas y por ello la solución operada tal vez no sea, jurídicamente, la más correcta.

Sin ánimo de ser exhaustivos, hemos de recordar que también el Código Civil, en su artículo 162, se refiere a la representación de los menores con unos contornos más difusos, invocando el concepto de "madurez" del menor. En concreto, determina que "Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados./ Se exceptúan:/ 1º. Los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo".

El acervo jurídico-cultural que resume esta fundamental norma ha sido objeto de un profundo desarrollo posterior que, partiendo de la Resolución de la

Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1959, que proclama la Declaración de los Derechos del Niño, y de tratados internacionales de los que es parte nuestro país, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, culmina con las Leyes Orgánicas 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, y 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En la primera de ellas, el artículo tercero determina, en relación con el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, que en el caso de menores e incapaces el consentimiento “deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten de acuerdo con la legislación civil”. La segunda atribuye al menor, en su artículo 9, el derecho a ser oído, “tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social”.

Herederero de tales premisas, el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, establece en su apartado 3 que el consentimiento de los menores para la práctica de intervenciones quirúrgicas y otros actos médicos con posibles consecuencias para su integridad física -y hemos de recordar aquí la existencia de prácticas médicas que persiguen resultados estéticos- se otorgará “por representación en los siguientes supuestos: / a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. / b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente. / c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el

consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”.

Aun reconociendo que la cuestión dista de tener una solución legal clara y que nos movemos en el campo de lo interpretable, hemos de partir de una consideración básica, y es que el reglamento que analizamos no es el instrumento jurídico adecuado -ni por el rango ni por el elenco de competencias estatutarias de nuestra Comunidad Autónoma- para regular autónomamente la capacidad de obrar de los menores no emancipados y de los incapaces en una parcela donde se entrecruzan elementos propios de la autonomía personal, la intimidad, la propia imagen y la patria potestad de padres o tutores. Por ello, el reglamento sanitario, si está en su ánimo ofrecer una solución clara a quienes operan en este campo, debería limitarse a efectuar una interpretación de la normativa vigente.

A tales efectos, considera este Consejo que la norma aplicable, por analogía, es la que recoge el artículo 9 de la Ley 41/2002 citada, de modo que se reconozca a los mayores de 16 años no emancipados la capacidad suficiente para prestar el consentimiento expreso en este ámbito, si bien, teniendo en cuenta que los progenitores, según dispone el artículo 154.1 del Código Civil, ejercen la patria potestad sobre los hijos no emancipados, que comprende el deber y la facultad de “Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”, y, dado que no estamos contemplando una actividad sanitaria cuya responsabilidad última recaiga sobre un facultativo, sino que nos encontramos ante una actividad exclusivamente comercial, cabría exigir, incluso en los casos de personas mayores de 16 años, la participación expresa de los representantes legales del o de la menor, valorando su posible “madurez” para consentir dichas prácticas.

En definitiva, debería modificarse el artículo 13, en su apartado 2, en atención a la normativa expuesta.

El capítulo V se dedica a regular la formación exigible al personal aplicador, estableciendo, en el artículo 14, un sistema mixto. En efecto, de una parte, se exige la superación de un curso de formación autorizado por la Consejería competente en materia de sanidad y consumo; de otra, se contemplan posibles exenciones (“Quedan exentos de la realización de este curso” quienes dispongan de la “titulación de técnico o técnica superior en estética” y quienes estén en posesión de una “diplomatura o licenciatura universitaria en ciencias de la salud o de otra titulación académica oficial en cuyo programa de estudios se incluyan los contenidos formativos recogidos en el anexo” correspondiente). En relación con este sistema, y dado que se renuncia a recoger en la norma el catálogo completo de cuáles serían estas últimas titulaciones (o en su caso las cualificaciones profesionales previstas en el Real Decreto 34/2008, de 18 de enero, por el que se regulan los Certificados de Profesionalidad), sería deseable que se estableciera en ella el procedimiento para determinar las excepciones. Observación que hemos de hacer extensiva también a la regulación contenida en la disposición adicional única, pues no determina el procedimiento para “homologar” la formación adquirida en otras Comunidades Autónomas.

Por lo demás, en cuanto a la referencia al curso de formación “autorizado”, contenida en el artículo 14, y a la regulación de la autorización de tales cursos, recogida en el artículo 15, debemos recordar que, con la finalidad de favorecer un mercado competitivo de servicios que se juzga esencial para fomentar el crecimiento económico y la creación de puestos de trabajo en la Unión Europea, la Directiva de Servicios exige que los Estados miembros supriman un gran número de barreras que impiden a los prestadores de servicios, en particular a las pequeñas y medianas empresas, extender sus operaciones más allá de sus fronteras nacionales y beneficiarse plenamente del mercado interior. Precisamente para garantizar la libertad de establecimiento de

los prestadores, la Directiva determina que los Estados miembros sólo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando este no sea discriminatorio para el prestador de que se trate, su necesidad esté justificada por una razón imperiosa de interés general y el objetivo perseguido por dicho régimen no se pueda conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz (artículo 9.1 de la Directiva de Servicios).

En consecuencia, los regímenes de autorización que se establezcan deberán basarse en criterios que delimiten el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes, con el fin de que esta no se ejerza de forma arbitraria; criterios que, según el artículo 10 de la Directiva, han de reunir las siguiente características: no ser discriminatorios, estar justificados por una razón imperiosa de interés general, ser proporcionados a dicho objetivo de interés general, ser claros e inequívocos, ser objetivos, ser hechos públicos con antelación y ser transparentes y accesibles. El régimen mencionado se completa con la determinación, en el artículo 14, de una serie de requisitos prohibidos, por ser directamente restrictivos de las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios, y de una relación de requisitos que, aunque potencialmente restrictivos, pueden ser aplicados si se cumplen las condiciones previstas en el artículo 15.

El respeto a la obligación de resultado que impone la repetida Directiva de Servicios requiere que la norma en proyecto exprese con claridad que la necesidad de someter a autorización previa esta actividad está justificada por una razón imperiosa de interés general y, además, que el objetivo perseguido por dicho régimen no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva.

El capítulo VI regula la autorización, registro e inspección de los establecimientos objeto de la norma, disponiendo en su artículo 16 que el ejercicio de actividades requerirá "la obtención de la previa autorización del

ayuntamiento” y estableciendo en su artículo 17 que la titular del establecimiento “deberá presentar la solicitud de autorización dirigida al órgano competente del ayuntamiento”. Asimismo, en el artículo 18, se exige que los establecimientos estén inscritos en un Registro que la Agencia de Sanidad Ambiental y Consumo creará a tal fin, “para lo cual sus titulares presentarán la oportuna solicitud”.

La redacción de los artículos 16 y 17 resulta confusa y puede inducir a error sobre la existencia de una “autorización” como trámite independiente dentro del procedimiento para la obtención de la licencia municipal de funcionamiento, o a la propia consideración de esta licencia como única autorización sanitaria en sentido lato. Esta segunda interpretación es la que debe prevalecer, no sólo por la necesaria liberalización del sector, como ya hemos indicado, sino también porque en los restantes apartados y preceptos del capítulo sólo se hace mención a las licencias municipales. En definitiva, la redacción de los artículos 16 y 17 debería adaptarse a los objetivos de la Directiva de Servicios y clarificar el carácter de la autorización para el ejercicio de las actividades reguladas.

Respecto al artículo 18, deberá precisarse el carácter y naturaleza de la inscripción registral exigida, lo que cabría efectuar suprimiendo la mención de una “solicitud” -que alude a un procedimiento autorizatorio a instancia de parte que no se regula- y sustituyéndola por otra que se refiera a una comunicación del otorgamiento de la licencia municipal y a una inscripción de oficio por el órgano administrativo.

Finalmente, conviene efectuar una revisión general de aspectos gramaticales y ortográficos; que se suprima la expresión “de aplicación de las prácticas”, contenida en el artículo 16, y que se subsane la incorrecta numeración de los apartados del artículo 20, así como la de los epígrafes finales de su apartado 5.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que el Principado de Asturias ostenta competencia para dictar la norma proyectada y que, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, y consideradas las restantes, puede someterse a la aprobación del órgano competente.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.