

# DIRITTI COMPARATI

Comparare i diritti fondamentali in Europa

## **LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SALUD EN ESPAÑA: UN MERO PRINCIPIO RECTOR SIN CONTENIDO “ESENCIAL” (A PROPÓSITO DE LA STC 139/2016, DE 21 DE JULIO)**

Posted on 17 Ottobre 2016 by [Josefa Cantero Martínez](#)

El día 15 de agosto de 2016 se publicaba en el [Boletín Oficial del Estado](#) la Sentencia del Tribunal Constitucional número 139/2016, de 21 de julio, que resolvía el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Parlamento de la Comunidad Foral de Navarra contra diversos preceptos del *Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones*.

La Sentencia declara la constitucionalidad de todas las medidas introducidas por el Real Decreto-Ley. Tan solo anula un inciso de uno de los preceptos impugnados en la medida en que remite directamente al reglamento para determinar la titularidad del derecho constitucional a la protección de la salud, desconociendo así la reserva de ley establecida por el art. 43 de la Constitución española. La Sentencia cuenta con tres interesantes Votos particulares que formulan los Magistrados don Fernando Valdés Dal-Ré, doña Adela Asua Batarrita y don Juan Antonio Xiol Ríos.

Esta sentencia tiene un gran interés en la medida en que, por vez primera en nuestro ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional se pronuncia de una forma tan clara y rotunda sobre la denominada “reversibilidad” de los derechos sociales y sobre el valor constitucional del “derecho a la protección de la salud”, considerando que, atendiendo a su ubicación sistemática, *“el art. 43 CE se configura como un principio rector, razón por la que carece de contenido constitucionalmente esencial que pueda ser afectado por la legislación de urgencia”*.

### **Sobre el marco constitucional de protección de la salud en España:**

Se analiza en la Sentencia el artículo 43 de la Constitución Española, que es el que proclama expresamente este derecho. Dicho precepto está ubicado en el Capítulo III del Título I de la Constitución, titulado *“de los principios rectores de la política social y económica”*. Según se establece en los dos primeros párrafos de dicho artículo:

1. *Se reconoce el derecho a la protección de la salud.*
2. *Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.*

### **Sobre el contenido del *Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.***

En un contexto de grave crisis económica, en el año 2012 el servicio público sanitario tenía una deuda que ascendía a 16.000 millones de euros, lo que llevó al Gobierno a elaborar el Real Decreto-Ley, que vino a establecer importantes medidas de ahorro y grandes cambios en el sistema que afectan tanto a la titularidad del derecho como a sus condiciones de ejercicio. La reforma, además, se hizo sin que se hubiera producido ningún previo debate social, político o jurídico al respecto.

La compleja y extensa norma elaborada por el Gobierno –y no por el

Parlamento- ha supuesto cambios trascendentales en la configuración del derecho a la protección de la salud. Puede decirse que le da una vuelta a todo el ordenamiento sanitario e introduce polémicas medidas que suponen un punto de inflexión en la tendencia a la “progresividad” del derecho que hasta ese momento se había alcanzado en España. Entre otras muchas medidas, ha establecido una nueva clasificación de la cartera común de prestaciones para introducir el copago o aportación dineraria del usuario en algunas de ellas. Ha instaurado para los pensionistas la obligación de realizar estas aportaciones para la compra de sus medicamentos y ha elevado los porcentajes de participación de los demás colectivos. Introdujo también copagos para los medicamentos que se dispensan en los hospitales (farmacia hospitalaria) que, por cierto, nunca llegaron a aplicarse por la irracionalidad y el coste de la infraestructura que hubiera exigido la puesta en práctica de esta medida. Pero la reforma más polémica y grave ha sido, sin duda, la que se refiere a la titularidad del derecho a la asistencia pública sanitaria, cuya constitucionalidad se analiza de modo detallado en la Sentencia. A partir de la reforma, el reconocimiento del derecho precisa de un título jurídico, bien la previa vinculación con la Seguridad Social o bien el reconocimiento expreso a determinados colectivos. Sobre este único aspecto me quiero detener en este post.

La reforma, efectivamente, ha supuesto la expulsión del sistema de los inmigrantes irregulares, esto es, de los que no poseen la autorización administrativa para residir legalmente en España. No sabemos qué número de tarjetas nuevas han dejado de reconocerse. Aproximadamente se han retirado más de 870.000 tarjetas sanitarias, sin que a día de hoy sepamos el ahorro económico que ha supuesto esta medida tan intensa. Con la nueva regulación, el reconocimiento del derecho se ha centralizado además en el Estado y ahora sólo se concede la tarjeta sanitaria a las personas que posean la nueva condición jurídica de “asegurado” o de “beneficiario de un asegurado”. Los extranjeros no autorizados a residir en España sólo tienen derecho a la asistencia sanitaria de urgencia por enfermedad grave o accidente hasta la situación de alta médica y la asistencia al embarazo, parto y posparto. A los

menores extranjeros de 18 años sí se les reconoce el derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que a los españoles. Ello supone claramente una medida de carácter regresiva, pues con la regulación anterior al extranjero le bastaba con estar empadronado en un Ayuntamiento para poder disfrutar del derecho.

### **Sobre el contenido de la demanda y la respuesta constitucional:**

En lo que a nosotros nos interesa, la demanda planteada por el Parlamento de Navarra se centra en dos cuestiones básicamente. La primera relacionada con la utilización del Real Decreto-ley, cuestionando la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad exigida por el art. 86.1 de la Constitución para la utilización de esta figura jurídica y la infracción de sus límites materiales, toda vez que nuestro modelo constitucional no permite que mediante esta figura se pueda afectar *“a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución”*. El segundo motivo de impugnación afecta a la infracción directa del contenido del art. 43 de la Constitución que se produciría por el nuevo régimen que fija la norma para determinar la titularidad del derecho y que supone la expulsión de los inmigrantes irregulares.

Pues bien, como el propio Tribunal ha reconocido en otras ocasiones, el Real Decreto-Ley es un instrumento excepcional que implica un desplazamiento del poder legislativo de las Cortes Generales hacia el Gobierno de turno. Por eso sólo se puede utilizar para ordenar situaciones que, por razones difíciles de prever, reclaman una acción normativa inmediata o que por su *“compleja concurrencia, no pueda acudir a la medida legislativa ordinaria, sin hacer quebrar la efectividad de la acción requerida”* (STC 111/1983, de 2 de diciembre, y STC 137/2011, de 14 de septiembre). A juicio del Tribunal, están justificadas las razones de excepcionalidad y urgencia que motivaron la intervención del Gobierno dada la situación económica del país. Por lo que respecta a los límites materiales, según la Sala, el art. 86.1 CE impide que con el decreto-ley queden afectados los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I CE, pero hace una interpretación muy estricta de los mismos, entendiendo que la cláusula restrictiva sólo

prohíbe que mediante un Real Decreto-Ley “se regule un régimen general de estos derechos, deberes y libertades o que vaya en contra del contenido o elementos esenciales de algunos de tales derechos”. Para ello el Tribunal analiza si con esta norma se ha producido una “afectación” del contenido esencial del derecho a la protección de la salud consagrado en el art. 43 de la Constitución.

El Tribunal, tras analizar el tratamiento constitucional de este derecho, llega a la conclusión de que no existe ese pretendido “contenido esencial” en virtud de su colocación en el texto constitucional. Dirá que *<<el precepto constitucional se ubica entre los principios rectores de la política social y económica, los cuales, formalmente, disfrutan de las garantías previstas en el art. 53.3 CE, por lo que su reconocimiento, respeto y protección “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, estatales y autonómicos. Asimismo, sólo se pueden alegar ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo dispuesto en las leyes que los desarrollen. Atendiendo, por tanto, a su ubicación sistemática, el art. 43 CE se configura como un principio rector, razón por la que carece de contenido constitucionalmente esencial que pueda ser afectado por la legislación de urgencia>>*. En consecuencia, el art. 43 CE no ostenta las características de derecho cuya regulación por decreto-ley impide el art. 86.1 CE.

Por otra parte, el Parlamento navarro entendía que la nueva regulación es contraria al mandato del art. 43 CE al menos en dos aspectos. En primer lugar por la exclusión injustificada de la asistencia sanitaria de los españoles que no ostentan la condición de asegurado o beneficiario, que, en la medida en que se determina por remisión a una norma reglamentaria, se entiende contraria a la reserva de ley del artículo 43.2. En segundo lugar, por la modificación del sistema de protección de la salud del que venían disfrutando los inmigrantes en nuestro país, que supondría contravenir el mandato de universalización de la asistencia sanitaria que deriva del citado precepto constitucional.

Pues bien, el TC reconoce que el nuevo régimen adopta un modelo que se sustenta principalmente en la conexión entre la cotización al sistema de la Seguridad Social y el derecho a recibir las correspondientes prestaciones

sanitarias en condiciones de gratuidad o de bonificación. La nueva regulación de la condición de asegurado del Sistema Nacional de Salud supone un cambio en la política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada, que se ha venido llevando a cabo en España desde la creación del Sistema Nacional de Salud y de la gradual incorporación como titulares de las prestaciones de colectivos a los que no alcanzaba esta condición. Ahora bien, a pesar de ello concluye que *“el sólo hecho del cambio de criterio del legislador en nada afecta a la constitucionalidad de la medida, ya que la Constitución no ha prefigurado directamente un contenido prestacional que el legislador deba reconocer necesariamente a cualquier persona, sino que el art. 43.2 CE impone un mandato a los poderes públicos, y en particular al legislador, para establecer los derechos derivados del apartado 1 de ese mismo precepto”*. Ello es así porque, tal como explicita la propia Sentencia, *“se trata de un derecho de configuración legal y que, por tanto, permite al legislador redefinir los derechos y obligaciones de los titulares del mismo”*. El legislador, de acuerdo con el inherente componente de flexibilidad que caracteriza el marco constitucional, dispone de un amplio margen de configuración con relación al art. 43 CE, en tanto que precepto incluido en el capítulo III del título I CE.

En consecuencia, el art. 43 CE debe ser considerado simplemente como un principio rector constitucional dirigido a orientar y determinar la actuación de los poderes públicos, expresivo de “un valor de indudable relevancia constitucional”, lo que se traduce en su obligación “de organizar” la salud pública y de “tutelarla a través de las medidas, las prestaciones y los servicios necesarios”. Pero carece de un contenido mínimo o esencial que vincule directamente al legislador. Por el contrario, dada la ubicación sistemática del art. 43 CE, nos encontramos ante una remisión a la libertad de configuración del legislador ordinario que deriva de lo dispuesto en el art. 53.3 en relación con el art. 43.2 CE.

Esta libertad de que dispone el legislador permite al TC justificar el cambio tan radical que ha supuesto la nueva regulación en lo relativo a la universalidad del derecho, recurriendo a una compleja y extraña argumentación basada en la distinción entre universalidad y gratuidad del

sistema. Dirá la Sala que, dado que el derecho lo concreta y lo configura el legislador, éste puede establecer las distintas condiciones y términos en los que se accede a las prestaciones y servicios sanitarios. En este caso, el legislador permite la suscripción de un convenio especial entre la Administración y el inmigrante irregular a cambio de un precio. Es posible, en términos constitucionales, la falta de identidad entre el derecho al acceso universal al sistema de salud pública de ese "todos" del art. 43 CE, con que ese acceso a la sanidad pública incluya beneficiarse de un concreto régimen de prestaciones sanitarias gratuitas o bonificadas con cargo a fondos públicos. *"El hecho de que los poderes públicos deban organizar las prestaciones y servicios necesarios para garantizar la protección de la salud, no significa que estas prestaciones hayan de ser necesariamente gratuitas para todos sus potenciales destinatarios. Será la legislación la que en cada momento determine el alcance y la graduación de esa gratuidad, así como de las bonificaciones económicas en las prestaciones sanitarias de acuerdo con las exigencias derivadas de las circunstancias cambiantes, respetando los límites constitucionales"*. En suma, pues, la universalidad, en lo que significa como derecho de acceso y la correlativa obligación de los servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud de atender a los usuarios que reclaman atención sanitaria, no puede confundirse con un derecho a la gratuidad en las prestaciones y los servicios sanitarios. Esta consecuencia no se deriva de manera inmediata de la Constitución Española, sino que ha de ser, en su caso, apreciada por el legislador atendiendo a las circunstancias concurrentes" y especialmente a las de carácter económico.

Se deriva de toda esta argumentación que del art. 43 de la Constitución no deriva forzosamente un sistema gratuito y universal para toda la población, toda vez que el legislador dispone de plena libertad para configurarlo atendiendo especialmente a las circunstancias económicas del país, lo que sitúa directamente a la salud como un derecho económicamente condicionado.

En fin, resulta claro que la sostenibilidad del sistema sanitario público obliga a los poderes públicos a adoptar medidas tendentes a racionalizar el gasto con la intención de redistribuir equitativamente los escasos

recursos públicos disponibles. Ahora bien, no es lo mismo no seguir avanzando en la progresividad de los derechos sociales, limitarlo o establecer condiciones que dar un giro brusco y retroceder en el modelo de una forma tan drástica, expulsando a colectivos desfavorecidos y especialmente sensibles como son los inmigrantes irregulares, máxime cuando todavía no se ha justificado la proporcionalidad de la medida, esto es, el ahorro económico que ello supone para el sistema.

El Tribunal Constitucional ha perdido la oportunidad de trazar unas mínimas líneas rojas para el legislador y de avanzar valientemente en la doctrina sobre la irreversibilidad de los derechos sociales señalando un núcleo mínimo también para el derecho a la protección de la salud. Aunque la determinación de este núcleo básico y mínimo es altamente dificultosa, ha de hacerse teniendo en cuenta el concreto modelo de Estado social en el que se inserta su reconocimiento, los parámetros de protección que proporcionan los distintos textos de carácter internacional que ha suscrito el Estado Español y, sobre todo, teniendo muy presente su estrecha relación con el derecho fundamental a la vida y con la dignidad de la persona como valor humano e inviolable, que constituye el fundamento de nuestro orden político y de nuestra paz social. De ellos se derivaría al menos una importante línea roja que no debería ser traspasada, tal como parece apuntarse en los Votos particulares emitidos contra la opinión mayoritaria de los Magistrados.