

## EL AVAL CONSTITUCIONAL DE LA EXPULSIÓN DE LOS “SIN PAPELES” DE LA SANIDAD PÚBLICA (O DE LA STC 139/2016, DE 21 DE JULIO)

Carmen Montesinos Padilla

Profesora Visitante de Derecho Constitucional  
Universidad de Vigo

**Resumen:** La legislación de urgencia ha proliferado en el contexto de la crisis económica. En muchas ocasiones, este poder excepcional ha sido ejercido por el Ejecutivo español en materia de derechos sociales. Y en la mayoría de las veces, lo ha sido con efectos regresivos. Un claro ejemplo lo encontramos en la reforma del Sistema Nacional de Salud, avalada recientemente en su práctica totalidad por el Tribunal Constitucional. En este comentario se abordará, con perspectiva crítica, una sentencia que ha obviado la doctrina de la indivisibilidad e interconexión de los derechos. Una resolución que declara la constitucionalidad de la expulsión de la asistencia sanitaria pública de la población inmigrante en situación de irregularidad administrativa. Damos así un paso atrás, y no pequeño, desoyendo por completo las múltiples recomendaciones que nos han dirigido los órganos encargados de la fiscalización de la correcta aplicación interna del Derecho internacional de los derechos humanos.

**Palabras clave:** *Crisis económica; Inmigración; Indivisibilidad de los derechos humanos; Irregularidad administrativa; Irreversibilidad de los derechos humanos; Real Decreto-ley; Sistema Nacional de Salud; Urgente y extraordinaria necesidad.*

**Abstract:** The legislative activity of national governments has proliferated in the context of economic crisis. In many cases, this exceptional power has been exercised by the Spanish Government in matters of social rights and usually it has had regressive effects. We can find a clear example in the reform of the National Health System, recently endorsed in almost all its content by the Spanish Constitutional Court. In these pages we will approach, with a critical perspective, a resolution that has obviated the doctrine of the indivisibility and interconnection between Human Rights. We will analyze a judgment that declares constitutional the expulsion of the public healthcare of the irregular immigrant population. We thus take a step back, not small. We have completely ignored the manifold recommendations made to

us by the bodies responsible for overseeing the correct application of the International Human Rights Law.

---

**Keywords:** *Administrative irregularity; Economic crisis; Immigration; Indivisibility of human rights; Irreversibility of human rights; National health system; Royal decree act; Urgent and extraordinary need.*

---

*I. Crisis, legislación de urgencia y Estado social - II. El final de la asistencia sanitaria universal - III. Sobre los principios rectores y la libertad para revertir los logros sociales - IV. Bibliografía citada*

## **I. Crisis, legislación de urgencia y Estado social**

Siendo objeto de estas páginas el análisis de la Sentencia que ha avalado la constitucionalidad del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril (RDL)<sup>1</sup> y, con ello, la restricción del acceso al Sistema Nacional de Salud (SNS) de los inmigrantes irregulares, resulta ineludible una referencia, siquiera sucinta, a la relación triangular crisis-legislación de urgencia-Estado social. En este contexto resulta además inevitable que vuelva a surgir la polémica cuestión de la irreversibilidad de los derechos sociales. A más crisis, más decretos y menos irreversibilidad, podríamos acabar concluyendo. Pero empecemos por el principio.

La configuración del Estado social y la consecuente lógica intervencionista, han supuesto un evidente impulso de la actividad normativa del Gobierno. Además, a nadie escapan ya los efectos que en este sentido ha tenido la crisis económica que todavía hoy padecemos<sup>2</sup>. Su omnipresencia se ha convertido en el argumento por antonomasia para justificar la concurrencia del hecho habilitante del decreto-ley<sup>3</sup>. Pero ello no debería sorprendernos. Los vocablos decreto y crisis se encuentran inexorablemente vinculados, tanto desde un punto de vista semántico, como desde una perspectiva histórica<sup>4</sup>. El problema no es el uso, sino el abuso de la legislación de urgencia<sup>5</sup>. Su utilización arbitraria consiste en la contravención de las exigencias, formales y materiales, impuestas por nuestra Norma Fundamental y desarrolladas por

---

<sup>1</sup> 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 la seguridad de sus prestaciones.

<sup>2</sup> Vid. ARAGÓN REYES, M., "Uso y abuso del decreto-ley: una propuesta de reinterpretación constitucional", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 60, 2016, pp. 12-17.

<sup>3</sup> Sobre la figura del decreto-ley, CARMONA CONTRERAS, A.M., *La configuración constitucional del decreto-ley*, CEPC, Madrid, 1997.

<sup>4</sup> DE LA IGLESIA CHAMORRO, A., "Crisis económica y expansión del ejercicio normativo del Gobierno. en particular, los decretos-leyes nacionales y autonómicos", *Estudios de Deusto*, vol. 61/2, 2013, pp. 69-72.

<sup>5</sup> GÓMEZ LUGO, Y., "Decreto Ley versus Ley parlamentaria: Notas sobre el uso de la legislación de urgencia", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. Foro y Ágora*, núm. 4, 2013, pp. 102-117.

reiterada jurisprudencia de su supremo intérprete<sup>6</sup>. En cualquier caso, al Tribunal Constitucional (TC) corresponde un control meramente externo, en tanto que la apreciación de la urgente y extraordinaria necesidad es un juicio político que compete en exclusiva al Gobierno<sup>7</sup>. Es el Ejecutivo quien debe determinar si existen motivos suficientes para activar su potestad legislativa. Pero la remisión automática a la crisis no debiera considerarse argumento suficiente para justificar el ejercicio de un poder que es excepcional, sobre todo cuando las razones esgrimidas para fundamentar la relación de sentido entre el presupuesto habilitante y las medidas adoptadas son débiles, o sencillamente inexistentes<sup>8</sup>. Además, es fundamental que las acciones acometidas sean proporcionadas a la situación descrita así como que, en todo caso, se respeten los límites materiales impuestos *ex art. 86 CE*. Y es precisamente la delimitación del ámbito material del decreto-ley la que nos permite conectar con la doctrina de la indivisibilidad e interconectividad de los derechos, ampliamente reconocida en el Derecho internacional de los derechos humanos y recurrente en las más recientes propuestas de reforma de nuestro texto constitucional<sup>9</sup>.

El art. 86 CE excepciona de la potestad normadora del Ejecutivo los derechos, deberes y libertades regulados en el Título I<sup>10</sup>. Sin embargo, el tenor literal de este precepto, como ocurre con buena parte de nuestra Constitución debido a la textura abierta que le es propia, es susceptible de lecturas e interpretaciones muy diversas. Y la proyección en este ámbito de la jerarquización de los derechos *ex art. 53 CE*, excluyendo a los principios rectores del límite material impuesto al legislador de urgencia, comporta un riesgo incuestionable para las conquistas sociales. Aprisionado por la coyuntura del momento y deudor de las preferencias propias de su ideología, el Gobierno puede adoptar decisiones regresivas que, gracias al buen funcionamiento de las disciplinas de grupo que lo sostienen, queden exentas de un control crítico de las minorías<sup>11</sup>. Piénsese, sin ir más lejos, que el RDL al que nos referimos fue convalidado el 17 de mayo de 2012 con los únicos votos a favor del partido en el Gobierno. Las minorías parlamentarias manifestaron con su voto un frontal rechazo compartido, dicho sea de paso, por buena parte de la sociedad civil<sup>12</sup>. Pero en la convalidación del decreto-ley el Congreso se limita a rechazar o aceptar la totalidad del texto presentado por el Gobierno, sin posibilidad de presentar enmiendas.

---

<sup>6</sup> Para la confirmación de la concurrencia del presupuesto habilitante, el TC habrá de acudir a la exposición de motivos de la norma, del debate parlamentario de convalidación, y el propio expediente de elaboración del decreto-ley (SSTC 68/2007, 93/2015).

<sup>7</sup> En este sentido pueden verse, entre otras, las SSTC 29/1982, 137/2011.

<sup>8</sup> Sobre la necesidad de esta “conexión de sentido”, STC 237/2012.

<sup>9</sup> AMNISTÍA INTERNACIONAL, GREENPEACE, OXFAM INTERNÓN, *Una reforma constitucional para blindar los derechos humanos*, 2015, disponible en <http://www.greenpeace.org/espana/Global/espana/2015/Report/general/Una%20reforma%20para%20blindar%20los%20derechos%20humanos%203.7.2015.pdf>

<sup>10</sup> El Ejecutivo no podrá regular el régimen general de los derechos del Título I, ni afectar su contenido o elementos esenciales (SSTC 111/1983, 93/2015).

<sup>11</sup> En este sentido, CARMONA CONTRERAS, A.M., “El decreto-ley en tiempos de crisis”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 47, 2013, pp. 1-20.

<sup>12</sup> *El derecho a la asistencia sanitaria es un derecho humano básico*, disponible en [http://www.idhc.org/arxiu/manifestos/1418900409-20120516\\_AsiistenciaSanitaria.pdf](http://www.idhc.org/arxiu/manifestos/1418900409-20120516_AsiistenciaSanitaria.pdf)

La categorización de los derechos, distinguiendo entre los fundamentales y los que no interesa que lo sean, se nos antoja desfasada, pues todos ellos, independientemente de su catalogación como derechos de libertad o de prestación, encuentran su esencia en la dignidad humana<sup>13</sup>. Pero aún admitiendo la existencia de ciertas diferencias en la configuración jurídica de los derechos sociales, todavía quedaría un recodo para su efectiva salvaguarda. Un camino para ayudar a nuestra “Norma de normas” a desplegar su potencial como “instrumento propiciatorio de la transformación y el progreso social”<sup>14</sup>. La distinción entre derechos y principios rectores no debiera conducir a la conclusión de que estos últimos carecen de un contenido mínimo o esencial, de un núcleo indisponible, si se prefiere<sup>15</sup>. El desarrollo de los derechos sociales puede brindar un mayor margen de actuación al legislador, sea este de urgencia u ordinario, en atención a la necesaria racionalización del gasto público. Sin embargo, la eficacia normativa de la Constitución y la conexión de todos los derechos con la dignidad humana, hacen difícil sostener que no existan líneas rojas, aunque sean muy delgadas<sup>16</sup>. Aquel núcleo indisponible debería así entenderse delimitado por el propio texto constitucional que, de conformidad con su art. 10.2, ha de ser interpretado a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos. Siendo rigurosos, esta obligación exegética impone la consideración de la interconectividad entre derechos y nos proporciona elementos más que suficientes para empezar a tomarnos en serio la doctrina de la irreversibilidad de los derechos sociales<sup>17</sup>.

En este sentido y por lo que aquí nos interesa, no pueden dejar de mencionarse algunas de las principales observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) dirigidas a España tras el examen del quinto informe periódico sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)<sup>18</sup>. El Comité recomendó entonces a nuestro país la adopción de todas las medidas necesarias para proteger el “contenido mínimo esencial” de todos los derechos del PIDESC en cualquier circunstancia y, especialmente respecto de las

---

<sup>13</sup> Sobre el reconocimiento de los derechos sociales como verdaderos derechos subjetivos, PONCE SOLÉ, J., *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, INAP, Madrid, pp. 30-42.

<sup>14</sup> REVENGA SÁNCHEZ, M., “Los derechos sociales (instrumentos de garantía en la Constitución española)”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 21, 2009, p. 98.

<sup>15</sup> CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., “Derechos fundamentales socio-económicos y prestaciones esenciales”, *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. I, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, p. 377 y SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., “Una revisión de la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4, 2001, p. 119.

<sup>16</sup> A la conexión de los derechos sociales con la dignidad se refiere PECES BARBA, G., en *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 63-74.

<sup>17</sup> Marcos Vaquer se refiere al necesario reconocimiento de una dimensión subjetiva a los principios rectores *per relationem* con otros derechos constitucionales (igualdad, integridad física y moral, inviolabilidad del domicilio, etc.). *Vid.* VAQUER CABALLERÍA, M., “Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad”, *Informe Comunidades Autónomas 2011*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2011, p. 80.

<sup>18</sup> E/C.12/ESP/CO/5.

personas y los grupos más desfavorecidos y marginados (apdo. 8), así como la revisión de las reformas implementadas en el contexto de la crisis económica con objeto de garantizar el mantenimiento del nivel de protección alcanzado (apdo. 17). Además, se advirtió sobre la necesidad de asegurar que, de conformidad con el principio de universalidad de las prestaciones sanitarias, las reformas adoptadas no deberían limitar el acceso a los servicios de salud de las personas que residen en España, “cualquiera que sea su situación legal” (apdo. 19)<sup>19</sup>. Las directrices procedentes del ámbito internacional no parecen plantear demasiadas dudas<sup>20</sup>. Y oportunidades para amoldarnos a nuestras obligaciones no nos han faltado en los últimos tiempos. El control de la constitucionalidad del RDL objeto de este trabajo era una de ellas.

## **II. El final de la asistencia sanitaria universal**

El art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en la redacción modificada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, establecía como único requisito para el acceso a la asistencia sanitaria la inscripción en el padrón municipal del domicilio habitual. Así, con excepción de la asistencia de urgencias y la atención a menores y a mujeres en situación de embarazo, parto y posparto, garantizadas a todas las personas por igual, solo quedaban fuera del sistema sanitario quienes no disponían de pasaporte<sup>21</sup>. Pero el sistema dio un vuelco de 180º tras la publicación del RDL que subyace a este estudio jurisprudencial. La nueva normativa introdujo importantes

---

<sup>19</sup> Ya en su Observación General núm. 14 (E/C.12/2000/4) el CESCR interpretó el art. 12 PIDESC en el sentido de afirmar la universalidad del derecho a la salud (incluyendo a la población inmigrante en situación de irregularidad) y su carácter de derecho fundamental, así como se refirió a la obligación de los Estados de justificar de forma debida la adopción de medidas regresivas (apdos. 1, 32 y 34).

<sup>20</sup> En el mismo sentido se pronunciaron Relator Especial sobre las Formas Contemporáneas de Racismo, Discriminación Racial, Xenofobia y formas conexas de Intolerancia, en su informe relativo a la visita a España los días 21-28 de enero de 2013. Por su parte, la Relatora Especial sobre Extrema Pobreza y los Derechos Humanos en una carta enviada a las autoridades españolas en noviembre de 2013, advirtió a las autoridades nacionales del incumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos como consecuencia de la restricción del acceso al sistema de salud pública. Esta opinión fue suscrita por el Comité Europeo de Derechos Sociales en enero de 2014. Asimismo, la Defensora del Pueblo, en resolución de 20 de julio de 2012, recomendó al Gobierno la habilitación de una adecuada asistencia a las personas con padecimientos graves, advirtiendo que con dicha recomendación no se buscaba sino “evitar la posible responsabilidad de España por el incumplimiento de obligaciones internacionales”.

<sup>21</sup> Sobre los problemas del requisito del empadronamiento, DELGADO DEL RINCÓN, L.E., “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 163, 2014, pp. 189-231 y LEMA TOMÉ, M., “La reforma sanitaria en España: Especial referencia a la población inmigrante en situación administrativa irregular”, *Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad*, núm. 5, septiembre 2013-febrero 2014, p. 101.

reformas respecto de la determinación de las prestaciones sanitarias<sup>22</sup> y la contribución de los beneficiarios al pago de los medicamentos<sup>23</sup>. Modificaciones todas ellas de especial relevancia para la configuración de nuestro SNS, pero cuyos efectos quedan sin duda condicionados a la determinación de la titularidad del derecho a la protección de la salud. En este sentido puede ya adelantarse que el RDL de marras supuso una incuestionable regresión respecto del régimen precedente, en tanto que ha significado una ruptura de la tendencia universalizadora de la asistencia sanitaria al supeditar la titularidad a la condición de asegurado o beneficiario (art. 3 LCCSNS).

En su versión originaria, la nueva normativa excluía a ciertos colectivos, como los nacionales mayores de 26 años que no hubieran accedido a su primer trabajo. Esta situación fue corregida por el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto<sup>24</sup>, que además previó la posibilidad de suscripción de un convenio especial, sujeto al pago de la correspondiente contraprestación, para quienes no teniendo la condición de asegurados ni beneficiarios, tampoco tengan acceso a un sistema de protección sanitaria por cualquier otro título<sup>25</sup>. Pero esta ampliación del ámbito subjetivo del RDL en nada cambió la situación de la población inmigrante en situación de irregularidad. A la luz de la nueva normativa en materia de asistencia pública, los “sin papeles” solo tendrán derecho a la atención de urgencia por enfermedad grave o accidente (hasta la situación de alta) y a la asistencia al embarazo, parto y posparto, pudiendo únicamente los menores de dieciocho años recibir todo tipo de prestaciones con independencia de su situación administrativa (art. 3 ter LCCSNS). Y ante este panorama no es de extrañar que fueran muchas las Comunidades Autónomas las que impulsaron el control de constitucionalidad de la nueva normativa, entre ellas, la

---

<sup>22</sup> El catálogo de prestaciones se sustituye por la “cartera común de servicios” (art. 8 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud –LCCSNS–), en la que se diferencia entre varias categorías (cartera común básica, cartera común suplementaria y cartera común de servicios accesorios) en función de su financiación con cargo a los fondos públicos.

<sup>23</sup> El RDL actualizó el listado de medicamentos excluidos de la financiación pública y modificó el sistema de aportación de los usuarios en el pago, estableciendo que la misma será proporcional al nivel de renta, con arreglo a una serie de porcentajes generales y quedando exentos una serie de colectivos.

<sup>24</sup> Incluye a quienes no tengan ingresos superiores, en cómputo anual, a los 100.000 euros, ni cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, siempre que tengan nacionalidad española y residan en territorio español, sean nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea o de Suiza y estén inscritos en el Registro Central de Extranjeros o sean nacionales de un Estado distinto a los anteriormente mencionados o apátridas, cuando dispongan de autorización para residir en territorio español (art. 2).

<sup>25</sup> Según el art. 3 del Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, podrán suscribir el convenio aquellas personas que acrediten la residencia efectiva en España durante un período continuado mínimo de un año o estén empadronadas en el momento de presentar la solicitud. Y según su art. 7, la suscripción determinará la obligación de abonar una cuota mensual de 60 euros si la persona tiene menos de 65 años, y de 157 euros si tiene 65 años o más.

Comunidad Foral de Navarra, cuyo recurso es el que ha dado lugar a la STC 139/2016, objeto del presente análisis<sup>26</sup>.

Pero antes de adentrarnos en la Sentencia que ha avalado la exclusión del SNS de los inmigrantes irregulares, conviene una breve referencia al Auto del TC núm. 239/2012. Esta resolución levantó la suspensión del Decreto vasco 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del SNS en el ámbito de Euskadi, impugnado por el Gobierno del Estado (vía conflicto de competencias)<sup>27</sup>. En su ponderación entre el interés asociado a la redefinición de los beneficiarios del SNS y el de preservar el derecho a la salud, el TC acude tanto al art. 43 CE como a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre la vinculación entre el derecho a la salud y el derecho a la vida y a la integridad física y moral. Y ello para concluir que el mantenimiento de la suspensión supondría la limitación del acceso a la salud de “determinados colectivos vulnerables”, especialmente inmigrantes sin permiso de residencia, que verían así notablemente afectada su salud, repercutiendo con ello “en la prevención de la propagación de determinadas enfermedades infecto-contagiosas”. Se advierte además que la Abogacía del Estado no concretó los perjuicios económicos que podrían asociarse al levantamiento de la suspensión. Teniendo todo ello en cuenta, el Alto Tribunal considera que el derecho a la salud y a la vida e integridad física y moral revisten una especial importancia en el marco constitucional que “no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado”, procediendo así al levantamiento de la suspensión de la vigencia de los preceptos referidos a la ampliación del ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita (FFJJ 5 y 6). Esta fundamentación jurídica, reiterada en los Autos núm. 114/2014 y 54/2016, nos hizo a algunos pensar que todavía había esperanza<sup>28</sup>.

### **III. Sobre los principios rectores y la libertad para revertir los logros sociales**

La STC 139/2016 resolvió el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Parlamento de Navarra, desestimando la totalidad de las impugnaciones a excepción de la alegada inconstitucionalidad del precepto que restringía el acceso a la condición de asegurado a las personas que, sin tener un vínculo con el sistema de la Seguridad

---

<sup>26</sup> Interpusieron recurso Navarra (rec. 4123/2012), Asturias (rec. 4530-2012), Andalucía (rec. 4585/2012), Canarias (rec. 433/2013), Cataluña (rec. 414/2013), País Vasco (rec. 419/2013).

<sup>27</sup> Según su art. 1, el objeto del Decreto vasco es regular el acceso a las prestaciones sanitarias del sistema autonómico “de aquellas personas excluidas del ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud a”. El art. 2 se refiere expresamente a las condiciones para el acceso a la cartera de servicios del Sistema Vasco de Salud.

<sup>28</sup> El ATC 114/2014 resolvió el incidente de suspensión que tenía por objeto la Ley Foral Navarra 8/2013, impugnada por el Presidente del Gobierno (rec. 7089-2013). Por su parte, el ATC 54/2016 tuvo por objeto la suspensión en el rec. 6022-2015, interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con el Decreto-ley del Consell de la Generalitat Valenciana 3/2015, de 24 de julio.

Social, superasen un límite de ingresos determinado reglamentariamente, en tanto que dicha remisión en blanco a una norma reglamentaria supone una vulneración de la reserva de ley prevista por la Constitución para el derecho a la salud (FJ 9).

Tras recordar su doctrina sobre el concepto de extraordinaria y urgente necesidad y advertir que desde hace tiempo viene admitiendo el uso del decreto-ley en caso de “coyunturas económicas problemáticas”, el Alto Tribunal sostiene que el Ejecutivo ha cumplido con la obligación de razonar suficientemente la extraordinaria y urgente necesidad al ofrecer “una justificación general basada en la existencia de una situación de grave dificultad económica sin precedentes”, de lo que se desprende que con las reformas adoptadas se trata de impedir que la situación del SNS se vuelva irreversible. Se entiende así justificado el carácter relevante o grave de la situación, acreditando la condición de asegurado “las debidas condiciones de coherencia y congruencia en relación con los problemas que se persigue solucionar”. Se confirma, por tanto, la existencia de “conexión de sentido entre la situación de urgencia, derivada de las dificultades por las que atraviesa el sistema sanitario público, y la medida adoptada, en cuanto que persigue la reducción de los gastos” (FFJJ 4-5). Se descarta también que, atendiendo a su ubicación sistemática, el art. 43 CE pueda entenderse comprendido entre los límites materiales impuestos al legislador de urgencia *ex art. 86 CE*<sup>29</sup>. Sin embargo, ni la apreciación de la concurrencia del hecho habilitante ni la exclusión de los principios rectores del ámbito material del decreto-ley 1, nos parece que puedan quedar exentos de crítica.

Como se advierte en el voto particular formulado por el magistrado Valdés Dal-Ré, y al que se adhiere la magistrada Asua Batarrita, la Sentencia no analiza en profundidad las razones determinantes de la regulación de las distintas materias tratadas, en tanto que se limita a remitirse a los objetivos genéricos a los que tiende la reforma, reconducibles a la necesidad de hacer frente a una situación de grave dificultad económica y a los retos actuales de la asistencia sanitaria. Y esta alusión genérica a la situación de crisis es además, en opinión de los magistrados discrepantes, igualmente insuficiente para fundamentar la necesaria conexión de sentido entre la situación descrita y las medidas adoptadas. Muy especialmente respecto de la restricción del ámbito subjetivo del SNS en relación con los españoles mayores de 26 años que dispongan de un nivel de renta que habrá de determinarse reglamentariamente y respecto de los extranjeros sin permiso de residencia. Se advierte en este sentido que “las fuentes de conocimiento no ofrecen ni estimación ni explicación siquiera (...) del impacto y de la cuantía de la reducción del gasto que pueden generar esas concretas medidas así como del modo en que podría garantizarse a su través la solvencia del sistema público sanitario”. A ello se añade la imposibilidad de justificar estas restricciones subjetivas como respuesta a la alegada necesidad de coordinar nuestro sistema con el Derecho de la Unión Europea. Este último argumento es además ampliamente desarrollado en su voto particular por el magistrado Xiol Ríos para

---

<sup>29</sup> A ello añade la inexistencia de obstáculo constitucional para que el decreto-ley pueda regular materias para las que las Comunidades Autónomas tengan competencias, pero en las que incida una competencia legislativa del Estado, “siempre que esa regulación no tenga como fin atribuir competencias o delimitar positivamente la esfera de competencias de las Comunidades Autónomas” (FJ 6).



quien, en atención tanto al Preámbulo del RDL como al debate de convalidación, los motivos por los que el Gobierno consideró imprescindible regular la condición de asegurado no serían reconducibles a la imposibilidad de asumir el coste de la asistencia que se presta a estos colectivos. A la luz de las referidas fuentes de conocimiento, tales razones estarían referidas a la erosión de la capacidad financiera del SNS como consecuencia de la asunción de la asistencia sanitaria de personas que ya la tienen cubiertas, la diversa extensión que del derecho a la cobertura sanitaria han hecho las distintas Comunidades Autónomas y a los problemas que suscita el régimen europeo de compensación sanitaria. Poco que ver, por tanto, con la población inmigrante en situación de irregularidad administrativa<sup>30</sup>.

Por su parte, la exclusión del derecho a la protección de la salud de los límites materiales impuestos al legislador de urgencia no deja de ser una clara manifestación de rechazo a la doctrina de la indivisibilidad de los derechos. Además, se desconoce la instrumentalidad del derecho a la salud respecto del derecho a la vida, expresamente reconocida por el TEDH y ya esbozada por los mencionados Autos núm. 239/2012, 114/2013 y 54/2016<sup>31</sup>. Y ello con una añadidura de no poca relevancia, pues como advierte el magistrado Valdés Dal-Ré, es la primera vez que el TC excluye los principios rectores del ámbito de aplicación de la cláusula de “no afectación” del art. 86 CE. Para el magistrado discrepante, la interdicción del art. 86.1 CE “se proyecta indefectiblemente al derecho a la salud”. Su conceptualización poco debe importar desde el momento en que, por encima de cualquier consideración de tipo terminológico, “se halla la conexión instrumental e innegable que se deriva del recurso interpretativo al art. 10.2 CE”. Admitido que este derecho forma parte de los límites materiales que nuestra Norma Fundamental impone al legislador de urgencia habría que concluir, como lo hace el voto particular, que el Ejecutivo los ha traspasado, pues el RDL aborda “una reforma esencial, sustantiva, básica, fundamental o principal del derecho a la salud”, contraviniendo de este modo la proscripción “de entrar a regular elementos esenciales del derecho protegido por la (...) cláusula de ‘no afectación’”.

Especialmente preocupantes resultan las palabras del TC al advertir que la supeditación del acceso a las prestaciones sanitarias a la condición de asegurado y beneficiario, si bien supone un claro cambio de criterio frente a la hasta ahora progresiva expansión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada, no por ello podrá

---

<sup>30</sup> Según el Preámbulo del RDL “el Real Decreto 240/2007 (...) no ha transpuesto el artículo 7 de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, en sus términos literales. Esta circunstancia ha supuesto, y seguirá suponiendo si no se modifica, un grave perjuicio económico para España, especialmente en cuanto a la imposibilidad de garantizar los retornos de los gastos ocasionados por la prestación de servicios sanitarios y sociales a ciudadanos europeos”. A ello se añade que, en opinión del Tribunal de Cuentas, el SNS “está asumiendo, (...) la asistencia sanitaria de personas que la tienen ya cubierta, bien por sus instituciones de seguridad social en origen, bien por esquemas de seguros privados, lo cual está erosionando enormemente su capacidad financiera e impidiendo que sus gestores puedan seguir realizando mejoras en los servicios”.

<sup>31</sup> Vid. SSTEDH en los asuntos *Asiye Genc c. Turquía*, de 27 de enero de 2015; *Valentin Câmpeanu c. Rumanía*, de 17 de julio de 2014; *Brincat y otros c. Malta*, de 24 de julio de 2014; *Oyal c. Turquía*, de 23 de marzo de 2010; *Nitecki c. Polonia*, de 21 de marzo de 2002; *D. c Reino Unido*, de 2 de mayo de 1997, entre otras.

ser tachada de inconstitucional, pues “la Constitución no ha prefigurado directamente un contenido prestacional que el legislador deba reconocer a cualquier persona, sino que el art. 43.2 CE (...) 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*”. Para el Alto Tribunal, ello no implica que el art. 43 sea una norma meramente programática, pues su desarrollo y articulación “requieren que el legislador regule las condiciones y términos en los que acceden los ciudadanos a las prestaciones y servicios sanitarios, respetando el mandato constitucional”. Sin embargo, la matización es importante, pues se advierte que “el que los poderes públicos deban organizar las prestaciones y servicios necesarios para garantizar la protección de la salud, no significa que esas prestaciones hayan de ser necesariamente gratuitas para todos sus potenciales destinatarios” (FJ 8). Efectivamente, como advierte el magistrado Valdés Dal-Ré al discrepar de la sentencia mayoritaria, el legislador puede imponer el pago de los servicios sanitarios. Lo que es más cuestionable es que, una vez establecido un determinado modelo de sistema sanitario, la situación administrativa pueda operar como factor de exclusión. Esta posibilidad nos plantea muchas dudas, sobre todo si tenemos en cuenta que nos referimos a la exclusión de un sector de población caracterizado por encontrarse en una situación de especial vulnerabilidad, entre otras cosas, con motivo de la escasa disponibilidad de recursos económicos, nos plantea serias dudas. Y del mismo modo nos suscita también importantes la doctrina constitucional relativa a la distinción tripartita en cuanto a la titularidad y ejercicio de los derechos de los extranjeros en España (STC 236/2007), pues el reconocimiento de derechos en las mismas condiciones que a los españoles se hace depender del grado de vinculación con la dignidad humana. ¿Acaso es posible afirmar con tal rotundidad que no quepa lugar a dudas, que un derecho se encuentra más vinculado que otro a la dignidad de la persona? O, lo que es peor, ¿podemos decir que los que en nuestra Constitución se denominan principios rectores, se encuentran menos vinculados a la dignidad que los que han venido a catalogarse como derechos fundamentales en sentido estricto?

Razonamientos de este tipo revelan una oposición frontal a la doctrina de la indivisibilidad de los derechos difícil de mantener, e integran importantes riesgos para los logros alcanzados en el terreno de lo social. Sin embargo, esta es la senda que parece haber elegido nuestro Alto Tribunal, para quien el derecho a la salud se articularía como un derecho de tercera categoría, débilmente vinculado a la dignidad humana, pues en el reconocimiento de su titularidad a los extranjeros se habilita al legislador para “tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa”. Sinceramente, no creemos que ésta pueda ser considerada como una opción legítima del legislador que guarde la debida proporcionalidad y cumpla con nuestras obligaciones internacionales (FJ 10). Siguiendo de nuevo a Valdés Dal-Ré, esta medida supone dejar fuera del sistema a personas en riesgo de exclusión social que carecen de medios económicos para subvenir sus necesidades sanitarias. Y España, como Estado parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos, no solo tiene la obligación de abstenerse de provocar la muerte de forma intencional, sino que además está obligada a “tomar las medidas apropiadas para salvaguardar el derecho a la vida de las personas que se encuentran bajo su jurisdicción”. Poner en duda el cumplimiento de dichas obligaciones no es demasiado difícil. Baste aquí con recordar la muerte de Alpha Pam, el pasado 21 de abril de 2013.

#### **IV. Bibliografía citada**

- ARAGÓN REYES, M., “Uso y abuso del decreto-ley: una propuesta de reinterpretación constitucional”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 60, 2016, pp. 12-17.
- CARMONA CONTRERAS, A.M., “El decreto-ley en tiempos de crisis”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 47, 2013, pp. 1-20.
- *La configuración constitucional del decreto-ley*, CEPC, Madrid, 1997.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., “Derechos fundamentales socio-económicos y prestaciones esenciales”, MARTÍN REBOLLO, L. (dir), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. I, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008.
- DE LA IGLESIA CHAMORRO, A., “Crisis económica y expansión del ejercicio normativo del Gobierno. En particular, los decretos-leyes nacionales y autonómicos”, *Estudios de Deusto*, vol. 61/2, 2013, pp. 69-80.
- DELGADO DEL RINCÓN, L.E., “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 163, 2014, pp. 189-231.
- GÓMEZ LUGO, Y., “Decreto Ley versus Ley parlamentaria: Notas sobre el uso de la legislación de urgencia”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad. Foro y Ágora*, núm. 4, 2013, pp. 102-117.
- LEMA TOMÉ, M., “La reforma sanitaria en España: Especial referencia a la población inmigrante en situación administrativa irregular”, *Eunomía. Revista en Cultura de la legalidad*, núm. 5, septiembre 2013-febrero 2014, pp. 95-115.
- PECES BARBA, G., en *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2002.
- PONCE SOLÉ, J., *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, INAP, Madrid.
- REVENGA SÁNCHEZ, M., “Los derechos sociales (instrumentos de garantía en la Constitución española)”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 21, 2009, pp. 97-105.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., “Una revisión de la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4, 2001, pp. 105-121.
- VAQUER CABALLERÍA, M., “Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad”, *Informe Comunidades Autónomas 2011*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2011, pp. 75-97.