

El (in)constitucional espacio menguante del derecho a la salud (comentario al voto particular de la STC 139/2016, de 21 de julio)

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

 <https://orcid.org/0000-0002-5231-7566>

I. PROSCENIO

El ejemplo de quienes más saben, unido a la experiencia adquirida en ocasiones semejantes, aconsejan traducir el respeto que merece el jurista a quien se rinde homenaje en un recuerdo de su pensamiento, por encima de la tentación de dejar oír la voz propia, que podría desentonar por inoportuna, cuando no por pretenciosa.

Con mayor motivo ha de ser así cuando el honrado proporciona un material bajo la forma de voto particular cuya extensión supera el margen otorgado para la *laudatio*, y cuya calidad hace que ni la forma ni el fondo admitan versiones, pues siempre serían un triste remedo del original.

La labor del cronista se limitará, por ende, a destacar y sistematizar el texto que obra como razón para apartarse de la sentencia llamada a crear doctrina constitucional. Tenor el que se adhiere en su totalidad la Magistrada Asúa Batarrita, y en un apartado sustancial (el que ocupa el epígrafe III) el Magistrado Xiol Ríos. Por otro lado, y al constituir el pronunciamiento comentado el fundamento para decidir los recursos formulados contra las disposiciones de distintas comunidades autónomas que decidieron desconocer la reducción subjetiva introducida por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril¹, su tenor inspira el contenido de la primera de las sentencias dictadas al respecto y obra una remisión al mismo en las subsiguientes².

El autor divide su reflexión en tres grandes apartados, y bajo tal pauta se ordenará el presente discurso para dejar noticia, sucesivamente, de las razones por las cuales se considera que no concurrían los requisitos para haber acudido a un real decreto-ley, la afectación de la norma a derechos fundamentales y la falta de proporcionalidad entre las medidas adoptadas y la finalidad pretendida.

II. SOBRE LA CONCURRENCIA DE LA EXISTENCIA DE EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD Y SU JUSTIFICACIÓN EN EL CASO CONCRETO

Aun cuando todo el contenido de voto particular aparece dirigido a mostrar la vulneración de los dos requisitos de obligado cumplimiento por la legislación de urgencia a tenor del art. 86.1 CE, el primero de sus epígrafes dedica su análisis con carácter específico y exclusivo a este fin.

Cuatro son los puntos cardinales sobre los cuales se asienta el criterio:

¹ En concreto, las disposiciones impugnadas fueron el Decreto 114/2012, de 26 de junio, del País Vasco; el Decreto-Ley 3/2015, de 24 de julio, de Consell de la Generalitat Valenciana; la Ley 7/2016, de 21 de julio, de la Comunidad Autónoma de Extremadura y la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero.

² La referencia, en concreto, lo es a la STC 134/2017, de 16 de noviembre de 2017; a su literal remitirán con posterioridad las SSTC 145/2017, de 16 de noviembre; 2/2018, de 11 de enero y 17/2018, de 22 de febrero. En estos casos el voto particular aparece firmado, junto con el Magistrado Valdés-Dal Ré, por los Magistrados Xiol Ríos, Conde-Pumpido Tourón y Balaguer Callejera.

A.- En primer lugar, la remisión al parecer que en anteriores ocasiones ya había manifestado el aquí honrado en torno al control que el Tribunal Constitucional ha de ejercitar con el propósito de verificar rigurosamente el cumplimiento por el poder ejecutivo de los requisitos que le facultan para dictar unas disposiciones legislativas que adoptan esta forma.

El abuso patente del recurso a una vía tan cómoda de legislar³ ha convertido en lugar común su impugnación sistemática ante el Tribunal para acusar sus excesos. También ha servido para mostrar la habitual subordinación del máximo intérprete de la Constitución a los intereses de los grupos políticos que contribuyeron a la designación de sus integrantes, pues sistemáticamente los impulsados por el Gobierno se ven obligados a avalar su regularidad, y muchos de los nominados por quien ejerce como oposición a denunciar su extralimitación⁴.

La firmeza en una tesis que cualquier cambio de coyuntura pudiera convertir en políticamente inconveniente, presenta el gran mérito de atarse a un criterio reiterado y conocido, cuya esencia huye de lo conveniente en la ocasión en concreto y proporciona una pauta reconocible para la vigilancia de cuanto debería ser una vía extraordinaria y cada vez opera más como un cauce susceptible de ser calificado como ordinario, por común, y hasta por burdo. Valentía, por tanto, de aquel a quien nunca le tembló el pulso para escribir, ni la voz para denunciar cuanto consideró no ajustado a Derecho.

B.- En segundo término, dedica su atención a rebatir el argumento de la sentencia en torno a que, “pese a lo que la demanda afirma”, la lesión del art. 86.1 CE no se razona respecto a toda la norma, sino, con carácter más limitado, únicamente en referencia a los concretos preceptos recurridos. De este modo, no se habría cumplido la “carga alegatoria” exigida por la doctrina constitucional. Ahí radica el argumento que sirve para negar el enjuiciamiento del Real Decreto-ley 16/2012 en su totalidad y centrarlo tan solo en los pasajes legales objeto de la impugnación.

Para la ocasión, y a la hora de mostrar que las valoraciones formuladas acerca de la concurrencia del presupuesto habilitante tienen un carácter general, estando destinadas a fundamentar la inexistencia de ese presupuesto por la norma impugnada, el Magistrado se limita a recordar la doctrina sobre las fuentes de conocimiento a manejar a la hora identificar las razones explicativas de la extraordinaria y urgente necesidad y, por consiguiente, a las cuales procederá acudir llegado el momento de denunciar su ausencia con carácter general.

Lejos de mayor razonamiento, prefiere dejar que el escrito de impugnación sea el encargado de mostrar a las claras su sentido. Así, y sin perjuicio de admitir que se pueda cuestionar de fondo queja vertida, cuanto nunca cabrá discutir será una evidente reducción de los términos bajo los cuales la parte recurrente formuló su alegato, referidos al Real Decreto-ley en su integridad.

Según hacía en el voto, juzgue el lector un tenor susceptible de enseñar cómo, en más ocasiones de las que parece, la mejor refutación radica en remitir al contraste del original cuya letra se ha interpretado de manera errónea. He aquí el fragmento seleccionado para afirmar el carácter global de la impugnación: “ni en el texto del Real Decreto-ley, ni en sus antecedentes, ni en el debate parlamentario, existe explicación alguna sobre la existencia de circunstancia alguna que impidiera la tramitación de esta reforma sanitaria siguiendo un procedimiento parlamentario. La implantación del nuevo sistema se demora más de tres meses, las medidas que se adoptan no modifican inmediatamente la situación jurídica preexistente, se ha publicado una corrección de errores que ha modificado sustancialmente diversos preceptos y disposiciones fundamentales del Real Decreto-ley, para justificar

³ Una muestra de su utilización claramente desproporcionada en la época de crisis que se abre a partir de 2008, con detallado análisis numérico y en imágenes, en HERNÁNDEZ RAMOS, M.: “La respuesta del Tribunal Constitucional a los Decretos-Leyes en materia de derechos sociales. El criticable retroceso de la jurisprudencia constitucional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 109, 2017, pp. 123 y Gráficos 1 y 2, p. 141.

⁴ La posición, tenazmente mantenida en el tiempo, le lleva a recordar los votos particulares a las SSTC 170/2012, de 4 de octubre; 233/2012, de 13 de diciembre; 199/2014, de 24 de septiembre; 12/2015, de 5 de febrero y 48/2015, de 5 de marzo; así como al ATC 43/2012, de 12 de febrero.

algunas medidas se hace referencia incluso a reivindicaciones históricas o a informes que hay que elaborar, lo que unido todo ello al hecho de que se haya negado la tramitación de la reforma como proyecto de ley expresamente solicitada, llevan a la conclusión de que el presupuesto de la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad exigido en el artículo CE no se ha justificado”. Difícil mayor claridad.

C.- Una lectura atenta de fundamento jurídico 5 de la sentencia demuestra, en gran medida, cómo cuanto más generales son las razones por las cuales se acude a esta vía legislativa, menor es la imaginación exigida y empleada para avalar la voluntad gubernativa.

Así lo demuestra el voto cuando lleva a cabo el escrutinio de la vertiente formal del presupuesto habilitante y constata cómo el pronunciamiento “no procede a un análisis pormenorizado de las razones determinantes de la regulación de las materias tratadas por los plurales preceptos recurridos, limitándose a traer a colación, por una parte, las dos grandes finalidades a las que obedece, con carácter general, la reforma del Sistema Nacional de Salud (existencia de una situación de grave dificultad económica y necesidad de hacer frente a los ‘retos actuales de asistencia sanitaria’) y, por otra, la opción en favor de la vinculación de la condición de beneficiario a la de asegurado”.

Cierto es que en algún punto muy concreto se descende un poco más, pero la laxitud es patente, a tal punto que ninguno de los muchos comentarios que ha merecido la norma ha discrepado de tal apreciación —y algunos lo han valorado como el principal argumento para sostener la inconstitucionalidad del texto en su conjunto⁵—: “la sentencia renuncia a analizar con el obligado detalle si, respecto de los preceptos que entiende expresamente recurridos, el Gobierno ha ofrecido una explicación clara, precisa y razonada de la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad”.

D.- Pero si claudicante resulta en el requisito de forma, más aún lo es en el llamado a entrar en el fondo, para afirmar la conexión de sentido entre las finalidades perseguidas y genéricamente descritas y las medidas adoptadas.

En este sentido, la opinión mayoritaria sobre la cual se sustenta la sentencia considera que la nueva definición de la condición de asegurado y beneficiario del Sistema Nacional de Salud, con exclusión de los extranjeros en situación irregular (salvo excepciones de detalle), así como de los españoles y extranjeros que residan legalmente en España y no tengan la condición de asegurados, tiene por finalidad “concretar en aras al [del] ahorro de costes y a la mejora de la eficacia del sistema”. Más en detalle, mantiene su conexión “con los problemas que se persigue solucionar y la situación económica deficitaria que se pretende controlar” o, en otros términos, “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 que se financian con cargo a dicho sistema y se relacionan, por tanto, con su sostenibilidad”.

En aval de su afirmación invoca la situación de crisis económica, los problemas derivados del régimen comunitario de compensación sanitaria (con particular relieve al conflictivo tema del “turismo sanitario”, según destaca el otro voto particular) y los informes del Tribunal de Cuentas acerca de la indebida asunción del coste derivado de la asistencia proporcionada por el Sistema Nacional de Salud a determinadas personas. Sin embargo, “por lo pronto, y en relación con las dificultades económicas y la necesidad de racionalizar los costes, las fuentes de conocimiento no ofrecen ni estimación ni explicación siquiera, incluso somera y general, 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 sanitario público. En cuanto a la segunda razón alegada, relativa a la coordinación de nuestro sistema con el derecho comunitario, su aplicación no es predicable ni de los españoles mayores de 26 años con determinados niveles de renta ni, menos aún, de los extranjeros

⁵ Con superior detalle sobre este extremo, RUIZ PALAZUELOS, N.: “Legislación de urgencia y derecho a la salud: consideraciones al hilo de la STC 139/2016, de 21 de julio”, *Derecho y Salud*, Vol. 2, núm. extra 1, 2019, p. 290.

no comunitarios. El legislador de urgencia no ha hecho esfuerzo alguno para elaborar la relación de congruencia entre las medidas adoptadas y las finalidades que las mismas han de cumplir, sin que pueda servir (...) el criterio económico (...) no aparece concretado”⁶.

III. DE LA AFECTACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EL DERECHO A LA SALUD Y LA CONEXIÓN INSTRUMENTAL CON EL DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL DE LA PERSONA

“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 aprecia a partir de la creación del Sistema Nacional de Salud y de la gradual incorporación como titulares de las prestaciones de colectivos a los que no alcanza la condición de asegurados de la Seguridad Social”. Con este literal, recogido en el fundamento jurídico 8 de la sentencia, lo que fue una aspiración a la universalidad de la asistencia sanitaria⁷ —nunca del todo conseguida— sufre el duro embate de un severo recorte capaz de afectar al derecho a la salud de un colectivo singularmente vulnerable⁸ y, con carácter general de llevar a un lamentable retroceso el derecho a la salud⁹.

La tarea de acreditar que la decisión gubernativa vulneraba la prohibición de “afectar los derechos de los ciudadanos reconocidos en el Título I CE” se aborda en tres momentos concretos:

A.- El primero destinado a rebatir el argumento, tan sumario como formalista, a partir del cual el criterio mayoritario se limitó a afirmar que el derecho a la salud está consagrado en el art. 43 CE y, dada su ubicación sistemática en el texto constitucional, “no ostenta las características de derecho cuya regulación por decreto-ley impide el art. 86.1 CE”.

Recuerda, a tal efecto, que con este proceder el Tribunal se aleja de un criterio sostenido en el tiempo, en cuya virtud ha venido descartando las interpretaciones restrictivas del límite material (amparadas en el tenor literal del verbo afectar y su utilización habitual en el ordenamiento privado) y ha optado por otra más vinculada a cánones de índole contextual y finalista. Constata así cómo, “hasta la actualidad, ninguna resolución de este Tribunal ha procedido a excluir del ámbito de aplicación de la cláusula de ‘no afectación’ los principios rectores enunciados en el Capítulo III, Título I CE; o, por expresar la misma idea desde la otra vertiente, este Tribunal, en su ya dilatada trayectoria jurisdiccional, no ha limitado la operatividad de dicha cláusula a los derechos, deberes y libertades consagrados en el capítulo II, de ese mismo título I”.

En esta ocasión, el acudir a tal formalismo enervante lleva a una acusación grave: “la sentencia se instala en la preocupante senda abierta por este Tribunal en fechas recientes, preferentemente aplicable en relación con derechos sociales, consistente en reinterpretar una anterior doctrina de manera silenciosa, entendida la expresión en un doble sentido: sin anunciar el cambio y sin aprestar los motivos justificativos del propio cambio”. En su lugar, “una modificación de tanta intensidad como la ahora defendida en la presente resolución hubiera demandado, de seguro, un relevante

⁶ En torno a tal acusación, el extenso discurso de AGUADO I CUDOLÁ, V. y PRADO PÉREZ, R.: “Derecho a la protección a la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para el acceso a los servicios y prestaciones del Estado del Bienestar”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, 2014, pp. 87-110.

⁷ TORTUERO PLAZA, J.L.: “El derecho a la asistencia sanitaria: asegurados y beneficiarios”, en VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia en el contexto de la Unión Europea (XIII Congreso de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social)*, Laborum, Murcia, 2016, p. 60.

⁸ DELGADO RINCÓN, L.E.: “El derecho a la asistencia sanitaria del colectivo vulnerable de los extranjeros sin autorización de residencia tras la STC 139/2016, de 21 de julio: la confirmación de una limitación anunciada”, en VV.AA.: *El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral*, MARCOS DEL CANO, A.M. (Dir.), Dykinson, Madrid, 2018, pp. 351 y ss.; en especial, pp. 251-253.

⁹ TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: “Sanidad reformada y movilidad de personas: el acceso a la protección de la salud de comunitarios y extracomunitarios en cuestión”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 376, 2014, pp. 23-26.

desarrollo argumentativo. Y no solo ni tanto por llevar asociada un cambio o, al menos, una reinterpretación en la doctrina hasta ahora mantenida por este Tribunal. Esa exigencia viene fundada, además y señaladamente, por los efectos restrictivos que ese cambio o reinterpretación producen en la protección de los derechos y principios constitucionales o, lo que es igual, por los efectos expansivos de un poder normativo de carácter excepcional”¹⁰.

B.- Por otra parte, esta lectura restrictiva del art. 43 CE obvia ideas básicas que han contribuido a la maduración de la noción de derechos fundamentales: de un lado, la indivisibilidad o unidad de todos; de otro, la conexión instrumental de algunos “no fundamentales” con otros ubicados en el Capítulo II del Título I CE, dejando abierta la cuestión sobre el grado de reversibilidad o restricción que puedan sufrir los derechos sociales. Con todo, lo preocupante no es la indeterminación, sino la propia posibilidad¹¹, cuya dimensión intenta atajar el voto particular acudiendo, en primer lugar, a una interpretación de este derecho prestacional relegado a su consideración “de configuración legal” en la misma clave fértil en que se ha venido haciendo respecto a la asistencia jurídica gratuita, para así evitar la patente “des-constitucionalización”¹²; abundando, más tarde —y bajo la igual clave o sobre el mismo ejemplo—, en la relación de instrumentalidad que presente en esta ocasión con los derechos a la vida e integridad física y moral, según rememora de anteriores pasajes del Tribunal Constitucional¹³.

C.- Con todo, considera la operación anterior como un mero “esbozo”, pues la verdadera carga de profundidad¹⁴ proviene de los convenios internacionales de derechos humanos firmados por España a partir de cuanto impone el art. 10.2 CE. A tal propósito, el autor del voto recuerda doctrina del Tribunal de Derechos Humanos en la que resulta clara y constante la vinculación del derecho a la salud con el derecho a la vida y a la integridad física y moral de la persona. Son tantos y tan concluyentes los ejemplos que desgrana para mostrar esta conexión que “poco importa cómo se defina o conceptualice el derecho a la salud, porque, por encima de todas esas consideraciones, se halla la conexión instrumental e innegable que se deriva del recurso interpretativo al art. 10.2 CE entre los arts. 43 y 15 CE; recurso que supone que cualquier afectación normativa del derecho a la asistencia sanitaria y a la salud ha de proyectarse necesariamente, sobre el derecho a la vida y la integridad física y moral de los individuos”.

Así ocurre cuando no se proporcionan cuidados médicos apropiados y sobreviene la muerte¹⁵; si no se adoptan medidas para proteger e informar de los riesgos que derivan de ciertas actividades¹⁶;

¹⁰ Respecto a esta idea como vía para “dotar de fundamentalidad al derecho a la protección de la salud”, DE MONTALVO JAASKELAINEN, F.: “Fundamentalidad del derecho a la protección de la salud y sostenibilidad del sistema público de salud (Cuanto más puede ser menos)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44, 2019, p. 399; o, entendiendo que “parece pavimentar una ‘vía libre’ para el Gobierno como legislador de urgencia de todos y cada uno de los derechos sociales que se ubican en el Capítulo III”, SOBRINO GUIJARRO, I.: “Contenido constitucional del derecho a la protección de la salud a la luz de la STC 139/2016”, *Ius et Scientia*, Vol. 3, núm. 1, 2017, p. 84.

¹¹ DELGADO RINCÓN, L.E.: “El Estado social y la fragilidad de los derechos sociales en tiempos de crisis económica”. *Estudios Deusto*, Vol. 61, núm. 3, 2013, pp. 51-56.

¹² MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: “Un revés en la evolución progresiva del *workfare state*: la regresión en la tendencia actual hacia la universalidad del derecho constitucional a la asistencia sanitaria, a propósito de la STC 139/2016”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2017, p. 178.

¹³ Tal interpretación, con el debido detalle, en APARICIO TOVAR, J.: “Derecho a la asistencia sanitaria” y MONEREO PÉREZ, J.L.: “Es la salud un derecho social fundamental. Elementos de fundamentación”, en VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea: XIII Congreso de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, cit., pp. 45-49 y 838-839, respectivamente.

¹⁴ Como tal ponderada por SANGÜESA RUÍZ, N.: “Exclusión de los extranjeros en situación irregular del acceso gratuito al sistema público de salud en España: Sentencia 139/2016 del Tribunal Constitucional”, *BioLaw Journal*, núm. 1, 2017, p. 234.

¹⁵ Para un enfermo mental positivo en VIH, abandonado en un hospital psiquiátrico sin el necesario cuidado y tratamiento médico, STEDH 47848/08, de 17 de julio de 2014, asunto *Câmpeanu c. Rumania*.

¹⁶ Falta de información respecto a los efectos del amianto a los operarios que estuvieron trabajando con este material durante años, a pesar de que el Estado los conocía o los debía conocer, en los supuestos de STEDH 60908, 62110,

en caso de acordar la expulsión del país de un extranjero dependiente de un tratamiento médico cuya interrupción le provocaría daños irreparables¹⁷; de negar la asistencia médica o prestaciones farmacéuticas gratuitas cuando se ostenta derecho por reconocimiento legal o judicial¹⁸; o, en una última muestra, si no se adoptan las obligaciones positivas de protección y prestación en los supuestos en los cuales fueran exigibles¹⁹. A partir de tales ejemplos pretende —y consigue— mostrar la frágil posición derivada de la visión reduccionista del derecho que prescinda de una guía hermenéutica fiable; más aún cuando, por ejemplo, se ha admitido que determinados daños ambientales, como el ruido, pueda afectar a la integridad física y moral de la persona, invocando a tal fin la doctrina del interprete autorizado a nivel europeo de los derechos humanos²⁰.

Las bases han quedado sentadas para la afirmación nuclear sobre el fondo del asunto, pues al estar afectado el derecho a la salud, en juego también se encuentran el derecho a la vida y a la integridad: “por tanto, la conexión entre el derecho a la salud y a la asistencia sanitaria que actúa como garante de la salud individual y colectiva y el derecho a la vida y la integridad física no puede ser negado, ni puede ser obviado sin más, si atendemos a la obligación de interpretar tanto el art. 15 CE como el art. 43 del mismo texto a la luz de los convenios y tratados de derechos humanos de los que España es parte, siendo uno de los básicos el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales interpretado por el Tribunal de Estrasburgo. Ninguna razón jurídica se opone al reconocimiento de esta noción de conexión o de indivisibilidad de los derechos, máxime cuando la jurisprudencia de este Tribunal lo ha hecho ya con el derecho a la asistencia jurídica gratuita, como se ha apuntado, y con el derecho al medio ambiente”.

En verdad la norma de urgencia no pretendía regular de manera general el derecho a la salud, pero sí tenía “como objetivo fundamental afrontar una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud”, según confiesa el autor de la norma en el apartado II, penúltimo párrafo del Preámbulo.

62129, 62312 y 62338/2011, de 24 de julio de 2014, asunto *Brincat y otros c. Mala*.

¹⁷ Ciudadano de Saint-Kitts que, mientras cumplía condena en Reino Unido, fue diagnosticado como positivo en VIH y SIDA. En libertad, pero retenido a la espera de devolución a su país, y en avanzado estado de enfermedad, se insta y deniega el permiso de estancia por razones humanitarias, pese a que en el Estado de origen no estaban en condiciones de atenderlo como se requería y el hecho de suspender el tratamiento reduciría significativamente la esperanza de vida, en el supuesto de STEDH 30240/96, de 2 de febrero de 1997, asunto *D c. Reino Unido*. Con posterioridad, la Gran Sala del TEDH dicta un nuevo pronunciamiento en el cual aprecia la violación del art. 3 CEDH por la deportación de un extranjero a Georgia sin que las autoridades belgas hubieran evaluado el riesgo que asumía esa persona a la luz de la información existente sobre su estado de salud y sobre la disponibilidad de un tratamiento adecuado el país de destino. El Tribunal reconoce, empero, que para que pueda conculcarse la prohibición del art. 3 CEDH de someter a tratos inhumanos y degradantes a una persona extranjera enferma, cuando se acuerde su expulsión por un Estado, han de concurrir unas “circunstancias muy excepcionales con grave riesgo para su vida y salud (padecer enfermedades incurables, hallarse en estado terminal, que no se le vaya a prestar un tratamiento médico-farmacéutico imprescindible...); circunstancias todas ellas que han de valorarse e interpretarse caso por caso”, STEDH 41378/10, de 13 de diciembre de 2016, asunto *Paposhvili c. Bélgica*.

¹⁸ Tal el caso del ciudadano que, diagnosticado de cáncer y estando recibiendo un tratamiento farmacológico a sus exclusivas expensas, no puede seguir afrontando indefinidamente el coste que le supone. Los buenos resultados hacen que inste su abono por el sistema de salud nacional ante la negativa, en vía administrativa remitiéndolo a otros fármacos libres de costes, acude a los tribunales, que reconocen el derecho en el caso concreto, lo cual no hace variar la posición de la administración sanitaria; bajo estos términos STEDH 30909/06, de 19 de abril de 2012, asunto *Panaïtescu c. Rumanía*; en parecido sentido, pero siendo una obligación que proviene de la norma, STEDH 65853/01, de 21 de marzo de 2002, asunto *Nitecki c. Polonia*.

¹⁹ En tres casos en los cuales el Gobierno turco fue condenado por no dispensar con la diligencia y medios debidos la atención que exigía la norma; así los supuestos recogidos relacionados con una transfusión de sangre a un recién nacido a quien se infectó de SIDA, en STEDH 4864/05, de 23 de marzo de 2010, asunto *Oyal c. Turquía*; el fallecimiento de una mujer embarazada de un bebe muerto por falta de recursos económicos para ser internada, en STEDH 13423/09, de 9 de abril de 2013, asunto *Mehmet Sentürk y Bekir Sentürk c. Turquía*; o el fallecimiento de un bebe prematuro tras haber sido denegada su admisión en un hospital público, STEDH 24109/07, de 27 de enero de 2015, asunto *Asiye Gens c. Turquía*.

²⁰ La cita lo es a la STC 16/2004, de 23 de febrero, en la cual se menciona la STEDH 16798/80, asunto *López Ostra c. España*.

Eso significa que no aspiraba a regular aspectos accidentales o satélites del derecho a la salud, sino esenciales o nucleares, como en el caso concreto eran el ámbito subjetivo de la asistencia sanitaria, el objetivo de los servicios del Sistema Nacional de Salud y la contribución de los beneficiarios en medicamentos y productos sanitarios para sostenimiento del sistema. Tratase, por ende, de una regulación de elementos medulares de los derechos concernidos que queda vedada por la cláusula de no afectación y, si desconocida por quien debería ser su garante, lleva a la paradoja del empoderamiento del órgano a costa del derecho a la protección de la salud²¹.

IV. LA FALTA DE PROPORCIONALIDAD ENTRE LA FINALIDAD PRETENDIDA Y LAS MEDIDAS ADOPTADAS. LA EXCLUSIÓN DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR DEL ACCESO GRATUITO A LA ATENCIÓN SANITARIA PÚBLICA

Desestimadas las quejas relativas a las lesiones a las garantías que ordenan el proceso normativo excepcional ejercitado por el Gobierno, el voto pasa de lo general a lo particular, centrandolo únicamente en la modificación del sistema de protección de la salud que venían disfrutando los extranjeros sin permiso de residencia en España. En concreto, sobre la nueva redacción proporcionada al art. 12 de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, que, de equipararlos a los nacionales en su derecho a la asistencia sanitaria siempre y cuando fueran residentes, pasa a remitir en este punto al nuevo contenido del art. 3.1 a) Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, ordenado a lograr que no sea el Sistema el llamado a asumir la asistencia sanitaria de quienes ya la tienen cubierta por sus instituciones de origen (en el caso de los ciudadanos comunitarios) o por esquemas de seguros privados.

Punto de inflexión en esa sustitución del concepto de “ciudadano” por el de “asegurado” y “beneficiario”²² que claramente dejaba al descubierto la exclusión de los extranjeros sin permiso de residencia, salvo que fueran menores, mujeres embarazadas o en situación de post-parto o si se tratara de urgencias médicas. “Manifiesta expresión de reversibilidad de un derecho social”, por tanto, que se intenta ocultar bajo el criterio mayoritario del Tribunal Constitucional de separar el acceso a las prestaciones sanitarias públicas de su carácter gratuito o bonificado²³. Duramente tildada tal afirmación de “falacia” (pues —según afirma el criterio mayoritario— “apenas” se estaría privando a los extranjeros irregulares de la gratuidad, que no forma parte integrante del derecho), con habilidad muestra el aquí y ahora cumplimentado la cara que oculta el dilema engañoso: la clave no radica en si cabe o no imponer el pago por los servicios sanitarios; antes bien, radica en sí, una vez establecida su universalidad y gratuidad (o con altas bonificaciones públicas), se puede excluir de tal beneficio a un colectivo que queda obligado a acudir a un servicio de salud privado o a abonar el coste correspondiente por la atención pública dispensada²⁴.

Como no podía ser menos, el Magistrado admite que el legislador pueda tomar con consideración su situación legal y administrativa en España y, por ende, exigir a los extranjeros autorización de

²¹ Excelente el planteamiento que, sobre la base del voto particular, recoge DE MONTALVO JAASKELAINEN, F.: “Fundamentalidad del derecho a la protección de la salud y sostenibilidad del sistema público de salud (Cuando más puede ser menos)”, cit., pp. 403-405.

²² Una reflexión sugerente sobre el sentido de ese tránsito en CANTERO MARTÍNEZ, J. y GARRIDO CUENCA, N.M.: “Ciudadanía, asistencia sanitaria y Unión Europea”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 18, 2014, pp. 98-101.

²³ Ponderando el carácter denunciado en texto entre comillas, AÑÓN ROIG, M.J.: “Hay límites a la regresividad de los derechos sociales?”, *Derecho y Libertades*, núm. 34, 2016, en particular pp. 64-68.

²⁴ El dilema ya aparecía nítidamente dibujado, y enriquecido por las razones que podrían llevar al contraproducente efecto de un coste superior (aumento de las urgencias y desconocimiento de que la sanidad preventiva puede ser más barata que la reparadora), en BENELOCH SANZ, P.: “La asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular: situación actual y perspectivas” y FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B. y GONZÁLEZ DÍAZ, F.A.: “El derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria”, ambos en VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, cit., pp. 165-166 y 209-210, respectivamente.

su estancia o residencia legal en España como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales, incluido el derecho a la salud en su vertiente de asistencia gratuita²⁵. Cuestión distinta es si esta restricción se dirige a preservar otros derechos, bienes e interés constitucionalmente protegidos y guarda la debida proporcionalidad con tal objetivo.

Respecto a la primera cuestión, niega la premisa mayor y afirma que, a la luz del art. 10 CE, no debería ser de recibo una gradación en la conexión entre derechos y dignidad humana que justifique una mayor o menor injerencia en los mismos; en particular cuando se trate de configurar su titularidad por parte de los extranjeros. Con firmeza argumenta que “esa gradación es sencillamente imposible y no se puede defender desde un planteamiento universalista de los derechos humanos, de los derechos fundamentales, porque todos son igualmente determinantes para garantizar la dignidad humana, sin distinciones ni gradaciones. Y es que para determinar si la exclusión de los inmigrantes sin permiso de residencia del sistema público sanitario es compatible con el reconocimiento del derecho a la salud, resulta más razonable admitir que, pudiendo introducirse límites al ejercicio de los derechos, es preciso que los mismos estén previstos en ley, sean necesarios en una sociedad democrática y sean proporcionales al fin que persiguen”.

La proporcionalidad se alza, por tanto, como la vara de medir si la exclusión de los extranjeros irregulares es apropiada para conseguir la sostenibilidad financiera del sistema público sanitario.

Varias razones inclinan a pensar en una evidente desproporción:

A.- “En primer término porque a la medida le falta la mínima coherencia con la finalidad pretendida, o al menos declarada, que es garantizar la sostenibilidad del sistema, al no haber tenido en cuenta la capacidad económica de aquellos a quienes se excluye. Quien carece de medios económicos para subvenir a sus necesidades sanitarias ni va a pagar la asistencia en el servicio público, ni va a derivar a un servicio privado, terminando en numerosas ocasiones por hacer uso del servicio público de urgencias, que sí está previsto independientemente de la situación económica y de la condición administrativa del usuario”²⁶.

B.- En segundo lugar, porque “la medida normativa cuya constitucionalidad se cuestiona deja fuera del sistema de prestaciones públicas sanitarias a un colectivo particularmente vulnerable por su condición administrativa y por su situación económica, un colectivo en riesgo de exclusión social, sin tener en cuenta que su falta de recursos económicos les dejará extramuros de cualquier fórmula de asistencia sanitaria, poniendo en riesgo su salud y su integridad física. Quizá ese riesgo no sea grave, porque en esos casos pueden acudir a la asistencia de urgencia; pero esta valoración sólo puede contrastarse *a posteriori*, cuando el daño en la salud ya se haya producido, daño éste que, en muchas ocasiones, puede ser ya irreversible”.

En esta sede el razonamiento retoma discurso sobre las obligaciones internacionales asumidas por Europa y recordadas reiteradamente por el Tribunal de Estrasburgo; añade, además, las Conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales de noviembre de 2014 (Conclusiones XX-2)²⁷, cuando admite —al hilo del Real Decreto-ley 16/2012— sobre cuáles son las obligaciones positivas del Estado español en relación con el acceso a la salud de los inmigrantes cualquiera que

²⁵ Un examen del requisito de residencia o inscripción en el padrón, a través de su evolución legal y con las miras puestas en el derecho constitucional en juego (que el voto particular aquilata como “mero requisito formal, preordenado a la mejor gestión y organización de los servicios sanitarios públicos, pero no como una condición del ejercicio del derecho”), en FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “Asistencia sanitaria e inmigración irregular”, *Revista de Treball, Economia i Societat*, núm. 67, 2013, pp. 7-11.

²⁶ Sobre este punto en concreto, SOBRINO GUIJARRO, I.: “Contenido constitucional del derecho a la protección de la salud a la luz de la STC 139/2016”, cit., pp. 85 y 86.

²⁷ JIMENA QUESADA, L.: “Conclusiones XX-2 (2013) dirigidas a España (apartado RDL 16/2012, de 20 de abril, relativo al ámbito subjetivo de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud)”, en ALFONSO MELLADO, C.L.; JIMENA QUESADA, L. y SALCEDO BELTRÁN, M.C.: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Bomarzo, Albacete, 2014, pp. 297-299.

sea su estatuto jurídico, y apunta que la exclusión de los adultos extranjeros “irregulares” del sistema sanitario podría ser contrario al art. 11 de la Carta Social revisada de 1996²⁸.

C.- A efectos puramente dialécticos, incluso de considerar que la exclusión de los extranjeros sin permiso de residencia obedece a una finalidad legítima y es proporcional, “hubiera sido exigible que el legislador (...) hubiera aportado una motivación reforzada en sustento de la asunción de la medida en liza”, dados los derechos fundamentales en juego.

D.- “Por último, no estará de más recordar que el art. 10. 2 CE es un mandato de ajuste mínimo a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos que no debe servir de argumento para no expandir más allá el alcance de los derechos, o para justificar una reversión en el estándar de protección de los derechos reconocidos en nuestra Constitución. El art. 10.2 CE confiere una base de mínimos a partir de la cual los poderes públicos pueden elevar el estándar de protección constitucional de los derechos fundamentales. Pero lo que no es razonable es que la reducción de los estándares de garantía pretenda fundamentarse con la cobertura del art. 10.2 CE. Que los estándares internacionales de protección de los derechos humanos no impongan una serie de medidas positivas a los Estados en un ámbito, no justifica la reducción de los estándares internos para ajustarse a los mínimos internacionales”.

De todos es conocida la corta vida de la norma cuya constitucionalidad avala el Tribunal Constitucional, con rectificación expresa en el punto central aquí debatido a través del Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso al Sistema Nacional de Salud. En el olvido habría de quedar, también, una sentencia tan gris en sus argumentos como regresiva en su tesis final. Si de algo sirvieron la norma y el pronunciamiento fue para que afloraran reflexiones de altura sobre la universalidad del derecho a la salud, entre las cuales, y con luz y voz propias, destaca el magnífico voto particular analizado. De recuerdo imperecedero, como su autor.

V. BIBLIOGRAFÍA

AÑÓN ROIG, M.J.: “Hay límites a la regresividad de los derechos sociales?”, *Derecho y Libertades*, núm. 34, 2016.

APARICIO TOVAR, J.: “Derecho a la asistencia sanitaria” en VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea: XIII Congreso de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2016.

²⁸ Sobre estas obligaciones internacionales, LEMA TOMÉ, M.: “La reforma sanitaria en España: especial referencia a la población inmigrante en situación irregular”, *Eunomía*, núm. 5, 2013-2014, pp. 95 y ss; en particular p. 102. Convendría, en este punto, tomar en consideración los elementos de coincidencia que muestra ese informe con las Observaciones Finales efectuadas por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales encargado de supervisar el Pacto Internacional de 1977, cuando hace ver su preocupación “por las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 16/2012, del 20 de abril de 2012, en particular a la Ley de Extranjería de 2009, que recortan los derechos de acceso de los inmigrantes en situación irregular a los servicios públicos de salud (art. 12). El Comité recomienda al Estado parte asegurar que, de conformidad con la Observación general núm. 14 (2000) del Comité sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del Pacto) y con el principio de universalidad de las prestaciones sanitarias, las reformas adoptadas no limiten el acceso de las personas que residen en el Estado parte a los servicios de salud, cualquiera sea su situación legal. También recomienda que el Estado parte evalúe el impacto de toda propuesta de recorte en cuanto al acceso de las personas y colectivos desfavorecidos y marginados a los servicios de salud”, en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/cescrs48.htm>. Otros detalles en el mismo sentido en SALCEDO BELTRÁN, C.: “Inmigrantes irregulares y derecho a la asistencia sanitaria: efectividad de las garantías internacionales en los órganos judiciales”, *Democrazia e Sicurezza*, núm. 3, 2015, pp. 36 y 63-76 o CANTERO MARTÍNEZ, J.: “Universalidad y gratuidad de las prestaciones sanitarias públicas (una perspectiva constitucional y desde los compromisos internacionales asumidos por el Estado español)”, *Derecho y Salud*, núm. 24, 2014, pp. 128 y 129.

- BENELOCH SANZ, P.: “La asistencia sanitaria a los extranjeros en situación irregular: situación actual y perspectivas”, en VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia en el contexto de la Unión Europea (XIII Congreso de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social)*, Laborum, Murcia, 2016.
- CANTERO MARTÍNEZ, J.: “Universalidad y gratuidad de las prestaciones sanitarias públicas (una perspectiva constitucional y desde los compromisos internacionales asumidos por el Estado español)”, *Derecho y Salud*, núm. 24, 2014.
- CANTERO MARTÍNEZ, J. y GARRIDO CUENCA, N.M.: “Ciudadanía, asistencia sanitaria y Unión Europea”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 18, 2014.
- DE MONTALVO JAASKELAINEN, F.: “Fundamentalidad del derecho a la protección de la salud y sostenibilidad del sistema público de salud (Cuando más puede ser menos)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 44, 2019.
- DELGADO RINCÓN, L.E.: “El derecho a la asistencia sanitaria del colectivo vulnerable de los extranjeros sin autorización de residencia tras la STC 139/2016, de 21 de julio: la confirmación de una limitación anunciada”, en VV.AA.: *El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral*, MARCOS DEL CANO, A.M. (Dir.), Dykinson, Madrid, 2018.
- DELGADO RINCÓN, L.E.: “El Estado social y la fragilidad de los derechos sociales en tiempos de crisis económica”, *Estudios Deusto*, Vol. 61, núm. 3, 2013.
- FERNÁNDEZ BERNAT, J.A.: “Asistencia sanitaria e inmigración irregular”, *Revista de Treball, Economia i Societat*, núm. 67, 2013.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B. y GONZÁLEZ DÍAZ, F.A.: “El derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria” en AA.VV.: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2016.
- JIMENA QUESADA, L.: “Conclusiones XX-2 (2013) dirigidas a España (apartado RDL 16/2012, de 20 de abril, relativo al ámbito subjetivo de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud)”, en ALFONSO MELLADO, C.L.; JIMENA QUESADA, L. y SALCEDO BELTRÁN, M.C.: *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales frente a la crisis económica*, Bomarzo, Albacete, 2014.
- LEMA TOMÉ, M.: “La reforma sanitaria en España: especial referencia a la población inmigrante en situación irregular”, *Eunomía*, núm. 5, 2013-2014.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: “¿Es la salud un derecho social fundamental?. Elementos de fundamentación”, en VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia en el contexto de la Unión Europea (XIII Congreso de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social)*, Laborum, Murcia, 2016.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: “Un revés en la evolución progresiva del *workfare state*: la regresión en la tendencia actual hacia la universalidad del derecho constitucional a la asistencia sanitaria, a propósito de la STC 139/2016”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2017.
- RUÍZ PALAZUELOS, N.: “Legislación de urgencia y derecho a la salud: consideraciones al hilo de la STC 139/2016, de 21 de julio”, *Derecho y Salud*, Vol. 2, núm. extra 1, 2019.
- SALCEDO BELTRÁN, C.: “Inmigrantes irregulares y derecho a la asistencia sanitaria: efectividad de las garantías internacionales en los órganos judiciales”, *Democrazia e Sicurezza*, núm. 3, 2015.

- SANGÜESA RUÍZ, N.: “Exclusión de los extranjeros en situación irregular del acceso gratuito al sistema público de salud en España: Sentencia 139/2016 del Tribunal Constitucional”, *BioLaw Journal*, núm. 1, 2017.
- SOBRINO GUIJARRO, I.: “Contenido constitucional del derecho a la protección de la salud a la luz de la STC 139/2016”, *Ius et Scientia*, Vol. 3, núm. 1, 2017.
- TORTUERO PLAZA, J.L.: “El derecho a la asistencia sanitaria: asegurados y beneficiarios”, en VV.AA.: *Los retos actuales de la asistencia en el contexto de la Unión Europea (XIII Congreso de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social)*, Laborum, Murcia, 2016.
- TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: “Sanidad reformada y movilidad de personas: el acceso a la protección de la salud de comunitarios y extracomunitarios en cuestión”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 376, 2014.