

## CONSTITUCIÓN Y DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD ¿EXISTE ALGÚN LÍMITE FRENTE A LOS RECORTES SANITARIOS?

**Josefa Cantero Martínez**

Profesora Titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Castilla-La Mancha

**Resumen:** Nuestro objeto de estudio consiste en hacer una lectura jurídica de los recortes en materia sanitaria. Trataremos de analizar el grado de protección que proporciona nuestro ordenamiento jurídico frente a estas políticas de carácter regresivo. La crisis económica ha llevado a nuestros poderes públicos a adoptar importantes decisiones políticas y administrativas con el objeto de hacer sostenible nuestro servicio público sanitario. Muchas de estas medidas, sin embargo, suponen un claro empeoramiento y retroceso en las condiciones de la prestación sanitaria ofertada hasta ese momento a la ciudadanía e incluso su negación para un importante colectivo de personal. Este ha sido el caso de los inmigrantes ilegales.

**Palabras clave:** recortes sanitarios; derecho a la protección de la salud; inmigrantes ilegales; políticas sanitarias regresivas; limitación de prestaciones sanitarias; sistema público sanitario.

**Title:** The Constitution and the right to health protection. Are there limits to health care cuts?

**Abstract:** The object of our study consists of making a juridical reading of the health care cuts. We will try to analyze the degree of protection that our law provides in order to amortize the regressive policies in health. The economic crisis has led to our public powers adopting important political and administrative decisions in order to make our public healthcare system sustainable. Many of these measures, nevertheless, are based on a clear worsening and setback in the conditions of the access to the health services and benefits provided until now to the citizens. In fact, these measures have supposed the denial of health rights for an important part of the people. This has been the case of the illegal immigrants.

**Key words:** health care cuts, right to the health protection; illegal immigrants; regressive policies in health; limitation of health services; Public health system.

**SUMARIO:** 1. Introducción: los recortes sanitarios y sus inmediatas consecuencias prácticas. 2. ¿En qué posición queda el ciudadano frente a estas medidas? 3. El

primer problema para su protección: la configuración del derecho a la protección de la salud como un mero principio rector y los amplios márgenes de libertad que posee el legislador. 4. Un segundo inconveniente: el ejercicio de potestades organizatorias para la configuración del servicio público sanitario. 5. Aun así, existen importantes parámetros para su control. 5.1. *Los límites de las normas de carácter internacional y la obligación de progresar en la efectividad del derecho a la protección de la salud.* 5.2. *Su inserción en un determinado modelo de Estado, el Estado social.* 5.3. *Su estrecha relación con otros derechos fundamentales y con el valor de la dignidad humana.* 6. Un breve apunte sobre el instrumento empleado para los recortes: el Real Decreto-Ley.

## **1. Introducción: los recortes sanitarios y sus inmediatas consecuencias prácticas**

Los datos estructurales y las cifras más significativas del gasto sanitario público mostraban al inicio de la nueva legislatura una deuda de más de 16.000 millones de euros<sup>1</sup>. En el contexto de la grave crisis económica que estamos padeciendo y, sobre todo, en el nuevo marco constitucional de estabilidad presupuestaria, este volumen de gasto se ha considerado claramente incompatible con la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud. Ello ha llevado a nuestros poderes públicos a adoptar importantes y drásticas medidas de ahorro, principalmente a través 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 de sus prestaciones*, que ha supuesto cambios trascendentales en la configuración del derecho a la protección de la salud. Curiosamente, y tal como se explicita en su exposición de motivos, en esta reforma se han tenido muy en cuenta las “consecuencias gravemente perjudiciales” que dicha deuda estaba teniendo para el empleo y la viabilidad de los sectores empresariales que se relacionan con nuestro sistema público sanitario.

Esta norma altera por completo los rasgos esenciales configuradores de nuestro modelo público de asistencia sanitaria. Entre otras medidas, sin duda las más controvertidas son las que afectan a la universalidad y a la gratuidad de las prestaciones sanitarias. Ha establecido una nueva categorización de la cartera común de prestaciones para facilitar la introducción del copago (repago) o aportación dineraria del usuario en algunas de ellas, ha instaurado para los pensionistas la obligación de realizar estas aportaciones para las prestaciones farmacéuticas<sup>2</sup>, ha elevado los porcentajes de participación de los demás

---

<sup>1</sup> <http://www.msssi.gob.es/gabinetePrensa/reformaSanidad/docs/cuadripticoReformaSanitaria.pdf>

<sup>2</sup> También recientemente se ha introducido una aportación limitada para los pacientes no hospitalizados cuando los medicamentos se dispensen en los servicios de farmacia hospitalaria. En estos casos, el paciente tendrá que pagar 4,20 euros por cada envase. La medida ha sido sumamente polémica porque afecta a colectivos especialmente sensibles: enfermos de SIDA, pacientes crónicos, oncológicos, enfermos de esclerosis múltiple, etc. Dado el perfil de sus destinatarios, el copago no puede cumplir aquí la función disuasoria que supuestamente lo legitima. (*Resolución de 10 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, por la que se procede a modificar las condiciones de financiación de medicamentos incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud mediante la asignación de aportación del usuario*).

colectivos y ha establecido una nueva regulación de la titularidad del derecho a la asistencia pública sanitaria que ha supuesto la exclusión de un determinado sector de la población mediante el recurso al nuevo concepto de asegurado y de beneficiario<sup>3</sup>. La nueva regulación, efectivamente, ha excluido del sistema público a los extranjeros que no sean titulares de una autorización para residir en el territorio español (art. 1.3 del Real Decreto Ley). Ahora sólo pueden acceder a las prestaciones sanitarias mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial<sup>4</sup>. Al mismo tiempo que se producía esta exclusión por la franja más baja y vulnerable de la sociedad se ha ampliado el ámbito de la cobertura pública por arriba<sup>5</sup>, a aquellas personas españolas que, no siendo trabajadores por cuenta ajena o propia, perciban rentas o ingresos que no superen los cien mil euros anuales (art. 2.b) del Real Decreto 1192/2012).

Pero estas no son las únicas consecuencias que está teniendo la crisis económica sobre el Sistema Nacional de Salud y la posición jurídica en la que quedan los ciudadanos frente a los recortes sanitarios. Amplios listados de medicamentos han sido excluidos del sistema público (más de 400 medicamentos para síntomas menores). Es decir, la aportación para estas prestaciones farmacéuticas se ha elevado al cien por cien, con el agravante de que los precios de muchos de ellos han subido considerablemente. En algunas Comunidades Autónomas se están adoptando otro tipo de decisiones políticas y administrativas de gran calado que, amparadas en las potestades de organización que tiene toda Administración Pública, se traducen en importantes cambios en el modelo hasta ahora conocido que, de cara al ciudadano, no dejan de traducirse en importantes limitaciones del derecho a la asistencia sanitaria pública, de su derecho a la protección de la salud. Las medidas afectan, no sólo a los derechos de los ciudadanos, sino también a las condiciones de trabajo del personal estatutario y a las propias normas internas de funcionamiento de los centros. Están implicando en algunos casos potentes reestructuraciones organizativas, cierre de centros en determinadas franjas horarias o incluso

---

<sup>3</sup> Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos a través del SNS.

<sup>4</sup> La suscripción del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria determina la obligación de abonar a la administración pública 60 euros de cuota mensual si el suscriptor tiene menos de 65 años y 157 si supera esta edad (art. 6 del Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y se modifica el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud).

<sup>5</sup> Curiosa interpretación ésta de la universalización de la asistencia sanitaria que incluye en bloque a una parte considerable de los llamados "rentistas", que pueden vivir holgadamente de los ingresos y rentas que perciben y que deja fuera del sistema a los colectivos más empobrecidos y vulnerables que más lo necesitan, tal como acontece en este caso con los extranjeros sin papeles. En el modelo precedente, la universalización de la asistencia sanitaria se había producido extendiendo ésta a los colectivos que carecían de recursos económicos suficientes, esto es, a aquellas personas cuyas rentas, de cualquier naturaleza, fueran iguales o inferiores en cómputo anual al salario mínimo interprofesional (Real Decreto 1088/1989). Ahora la universalización se extiende a aquellas personas que, no estando trabajado ni cotizando, reciben rentas iguales o inferiores a los cien mil euros anuales. Ciertamente se trata de una interpretación del principio de universalización de la asistencia sanitaria pública que está un poco alejada de cualquier concepto de justicia social y de solidaridad con las personas más desfavorecidas.

jubilaciones masivas e indiscriminadas de personal. En este último supuesto el criterio decisivo que se ha tenido en cuenta para la racionalización del sistema ha sido exclusivamente la edad. La denegación de las concesiones de prórroga en el servicio activo implica evidentemente un importante ahorro en las nóminas y gastos de personal. Ahora bien, en la medida en que supone una peligrosa descapitalización del valor humano y la pérdida fulminante de los conocimientos del profesional médico más experimentado, se nos presenta como una medida excesivamente cortoplacista que está pensando exclusivamente en el ahorro rápido y no pondera otros valores que son también esenciales para el correcto funcionamiento de nuestro SNS. Lo razonable es realizar estos ajustes de forma planificada y, sobre todo, escalonada.

Pero posiblemente una de las más polémicas es la relativa al trasvase hacia empresas privadas de la asistencia sanitaria a través de la polémica figura de la externalización. Efectivamente, al amparo de los problemas económicos y de la necesidad de ahorrar estamos asistiendo a una agudización de las tendencias hacia la externalización de la sanidad pública, esto es, al traspaso de su gestión a empresas privadas. Lo que antes constituía tan sólo alguna experiencia aislada y puntual en alguna Comunidad Autónoma, ahora parece haber encontrado en la crisis la excusa perfecta para ensayar la generalización del modelo. Paradigmático está siendo el caso de la externalización de los hospitales madrileños por la enorme polémica que ha suscitado y los tintes mediáticos que ha acabado adquiriendo todo su proceso. Se ha generado una gran alarma social al ser concebidas por la ciudadanía como un intento de privatización<sup>6</sup> y de desmantelamiento de lo público que afecta a la esencia misma de nuestro Sistema Nacional de Salud. Con ellas se introduce un nuevo elemento o valor en la gestión, que no sólo es completamente extraño a los valores de lo público, sino que por su propia naturaleza resulta difícilmente compatible con ellos. Me refiero al "ánimo de lucro" que inspira la empresa privada<sup>7</sup>.

## 2. ¿En qué posición queda el ciudadano frente a estas medidas?

Todas estas medidas adoptadas con la intención de hacer frente a la crisis económica suponen un claro empeoramiento y retroceso en las condiciones de la prestación sanitaria ofertada hasta ese momento a la ciudadanía en general.

---

<sup>6</sup> En realidad no se trataría de una privatización propiamente dicha, toda vez que la responsabilidad y la titularidad del servicio público sanitario seguiría estando en manos de la Administración. Se trataría simplemente del recurso a una fórmula de gestión indirecta de estos servicios a través de cualquiera de las modalidades contractuales que prevé la legislación de contratos y que ahora se empieza a conocer también como "externalización" de servicios. Sobre la implantación de este nuevo concepto en la práctica administrativa nos remitimos a CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, "La incidencia del fenómeno de la externalización en la Administración General del Estado. ¿Existe algún límite?", *Documentación Administrativa*, número 286-287 (enero-agosto de 2010), 2011, págs. 297 y ss.

<sup>7</sup> Como ha señalado REPULLO LABRADOR, el lucro es un incentivo demasiado poderoso para un sector complejo y con dificultad para medir la calidad y los resultados a medio-largo plazo. Por muy bien que estén confeccionados los contratos, por buena que sea la información, y por diligente que sea el regulador, la posibilidad de comportamientos oportunistas es enorme, y la conducta de selección de riesgos es difícilmente evitable. REPULLO LABRADOR, José Ramón, "Financiación de la sanidad: distribución y asignación de recursos", en *Tratado de Derecho Sanitario*, obra colectiva dirigida por CANTERO MARTÍNEZ, Josefa y PALOMAR OLMEDA, Alberto, Aranzadi, 2013.

Sin embargo, algunos colectivos especialmente vulnerables como el de los enfermos crónicos, los enfermos raros o los pensionistas se han visto especialmente afectados por las medidas de copago en las prestaciones farmacéuticas. Especialmente grave ha sido el caso de los inmigrantes que no poseen autorización legal de residencia en España, que han quedado apartados del sistema público de protección sanitaria salvo en los casos de urgencia o en la atención sanitaria a menores y a mujeres embarazadas.

La eficacia en sí de esta medida regresiva de carácter excluyente es muy dudosa. No parece que el objetivo de reducir el gasto sanitario retirando las tarjetas sanitarias a este colectivo vaya a solucionar el grave problema de financiación que presenta nuestro sistema sanitario. Por el contrario, son muchos los argumentos humanitarios<sup>8</sup>, sanitarios, contables e incluso jurídicos que alertan del peligro y los efectos adversos que puede provocar esta decisión. Comporta riesgos potenciales para la salud pública y colectiva porque no sabemos a ciencia cierta las repercusiones que puede tener un seguimiento insuficiente de este grupo de personas que va a quedar excluido del circuito ordinario de los servicios de atención médica y que aproximadamente afecta a unas ochocientas mil personas. A mayor abundamiento, la medida puede tener unos perversos efectos colaterales porque puede llevar a un colapso de los servicios de urgencias en determinados momentos (pensemos, por ejemplo, en un pico de epidemia de gripe) y puede suponer la intervención de los servicios públicos cuando la salud del inmigrante esté ya muy deteriorada por la falta de una atención médica previa, con lo cual, la atención a su salud podrá salir mucho más cara<sup>9</sup>.

En fin, como han apuntado algunos autores, hemos iniciado este penoso camino de recortes cuando aún no habíamos consolidado nuestro Estado de bienestar en niveles homologables a los de nuestros países vecinos<sup>10</sup>. Las consecuencias de ello no se han hecho esperar. El recientemente publicado informe de la OCDE titulado *Panorama de la sanidad 2013*, ha puesto de manifiesto algunos de los efectos que están provocando estas políticas sanitarias. Todas estas decisiones de ahorro implican, a juicio de este organismo, un riesgo muy considerable de que determinados grupos de población, especialmente las personas más desfavorecidas y con menos ingresos, renuncien a los cuidados sanitarios que necesitan, a sus medicamentos o al seguimiento y control de sus enfermedades crónicas, a la vez que se traducen en un aumento de los tiempos de espera para las intervenciones quirúrgicas. La conclusión a la que llega la OCDE en este informe es bastante clara y preocupante: la disminución del gasto público en

---

<sup>8</sup> A principios del mes de mayo de 2013 toda la prensa se hacía eco de la muerte en Baleares de un inmigrante irregular senegalés de 28 años con tuberculosis que no recibió la asistencia sanitaria requerida por no disponer de tarjeta sanitaria  
<http://www.elmundo.es/elmundo/2013/05/07/espana/1367926247.html>.

<sup>9</sup> Para un análisis más detallado de esta cuestión me remito a CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, "La asistencia sanitaria pública al extranjero no comunitario y, en especial, al que carece de autorización administrativa de residencia legal en España", en el *Tratado de Derecho Sanitario*, vol. I, obra colectiva dirigida por Josefa Cantero Martínez y Alberto Palomar Olmeda, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, págs. 305 y ss.

<sup>10</sup> VAQUER CABALLERÍA, Marcos, "Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad", *Informe Comunidades Autónomas 2011*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2012, pág. 76.

sanidad puede tener efectos para la salud a largo plazo y consecuencias económicas para los más vulnerables<sup>11</sup>.

Principalmente las medidas de carácter organizativo están teniendo efectos importantes en el aumento de las listas de espera. En el caso de España, la OCDE señala que el tiempo de espera mejoró considerablemente y se redujo entre los años 2006 y 2010, pero ha ido aumentando a partir de entonces como consecuencia directa de los recortes sanitarios, de la falta de incorporación de nuevo personal, de jubilaciones masivas y de cierres y reorganizaciones de centros. El organismo pone como ejemplo el tiempo de espera en caso de operaciones de cataratas y de prótesis de cadera. Así, mientras el año pasado en Holanda el plazo era de 30 y 45 días en cada intervención, en España este periodo de tiempo se alarga considerablemente y está por encima de los 90 y 125 días.

En la medida en que estas decisiones de nuestros poderes públicos suponen un empeoramiento respecto de la situación preexistente, es razonable que el ciudadano se plantee si existe algún límite frente a esta tendencia y qué medios de protección prevé nuestro ordenamiento jurídico ante este tipo de decisiones políticas y administrativas (de pura organización y gestión). Ciertamente todas las decisiones de nuestras Administraciones sanitarias son controlables ante el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo, y varios ejemplos tenemos ya de este tipo de control. También las medidas adoptadas a través de normas con rango de ley (Real Decreto-Ley) son susceptibles de control ante el Tribunal Constitucional. Aunque en este caso los ámbitos de libertad de que dispone el legislador en el marco constitucional son enormemente amplios, también existen algunos parámetros para su control que pueden actuar como un límite a los recortes sanitarios. De hecho, la Justicia ha tenido que intervenir en la adopción de algunas de estas medidas sanitarias y ha provocado que desde algunos sectores se apunte hacia una posible intromisión ilegítima del juez en el ámbito de lo político. ¿Asistimos a una judicialización de la política o meramente a un control de su constitucionalidad y de la legalidad del ejercicio de sus potestades autoorganizativas?

La cláusula de Estado democrático -y el principio de pluralismo político que de ella se deriva- exige libertad para que el legislador de cada momento pueda plasmar el proyecto político que ha resultado del correspondiente proceso electoral. También la Administración sanitaria dispone de amplios márgenes de libertad a la hora de configurar sus servicios públicos, pues ello es consustancial a la potestad autoorganizatoria que tienen atribuidas todas las Administraciones Públicas. Ahora bien, ello no significa que estos ámbitos decisorios estén fuera de todo límite y de todo control. Existe un marco constitucional que delimita las potestades de nuestro legislador ordinario para la concreción del derecho a la protección de la salud. Además, esta concreción legal ha de realizarse teniendo en cuenta los compromisos de carácter internacional que ha adquirido el Estado español. De la misma manera, existe un marco legal y reglamentario que predetermina también el contenido de la toma de decisiones administrativas y la

---

<sup>11</sup> *Health at a Glance 2013: OECD Indicators*, publicado por la OCDE en noviembre de 2013 (<http://www.oecd.org/els/health-systems/Health-at-a-Glance-2013>).

adopción de las políticas sanitarias. La Administración sanitaria dispone de un importantísimo margen de discrecionalidad a la hora de organizar el servicio público sanitario. No obstante, como toda potestad discrecional, también su potestad autoorganizatoria está sometida a importantes límites que, en modo alguno, pueden suponer un desconocimiento o perturbación en la prestación del servicio.

### **3. El primer problema para su protección: la configuración del derecho a la protección de la salud como un mero principio rector y los amplios márgenes de libertad que posee el legislador**

El derecho a la protección de la salud aparece enunciado en el art. 43 de la Constitución, en el capítulo III de su Título I. Esta ubicación en el texto constitucional tiene importantes repercusiones en cuanto a los niveles de protección que ofrece al ciudadano. No ha sido configurado como un derecho fundamental, sino que pertenece a la categoría de los llamados derechos sociales, por lo que sólo podrá ser exigido por los ciudadanos en la medida en que una ley lo prevea y desarrolle.

Esta naturaleza como un principio rector de la política económica y social de nuestro país se ha argüido como pretexto básico para justificar medidas restrictivas de las prestaciones sanitarias. Y cierto es que su valor, en principio, es el que proclama su art. 53.3, en cuya virtud, el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en este Capítulo III informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Quiere ello decir que este derecho sólo podrá ser alegado ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen. De esta circunstancia se aprovecha explícitamente el Real Decreto Ley 16/2012 cuando plantea en su exposición de motivos el papel que puede realizar el Gobierno y sus posibilidades de actuación frente a la reserva de ley que establece el art. 43.2 al atribuir al legislador la determinación de los derechos y deberes de todos al respecto. Dirá su exposición de motivos que, en la medida en que el derecho a la protección de la salud es un mero principio rector de la política social y económica del país, permite una "relajación" de la reserva de ley y una mayor libertad del Gobierno para su regulación mediante el instrumento del Real Decreto Ley.

La doctrina especializada no se pone de acuerdo respecto del valor que tiene dicho reconocimiento. La mayor parte de los autores niega que la protección de la salud haya sido configurada como un verdadero derecho subjetivo<sup>12</sup>. Otros autores, sin embargo, han dado otra interpretación a este precepto. A colación podremos traer a SOLOZABAL ECHAVARRÍA, quien ha considerado que el

---

<sup>12</sup> Entre otros muchos autores podríamos citar aquí y sin pretensión alguna de exhaustividad a COBREROS MENDEZONA, Edorta, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1988; FERNÁNDEZ PASTRANA, José María, en *El servicio público de la sanidad: el marco constitucional*, Civitas, Madrid, 1984, págs. 55 y ss.; APARICIO TOVAR, Joaquín, *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Madrid, 1989, págs. 41 y ss.; DEL REY GUANTER, Salvador, "El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional", en *Derechos y Libertades*, nº 6, 1998, págs. 162 y 168, principalmente.

derecho a la protección de la salud es un derecho "materialmente" fundamental por lo que tiene que ver con la relevancia de su contenido y por su estrecha relación con la dignidad de la persona, de manera que alguien a quien no alcanzara una protección de su salud en grado suficiente debería considerarse como tratado indignamente y obstaculizado gravemente en su desarrollo como persona<sup>13</sup>.

En todo caso, esta naturaleza del derecho a la protección de la salud como un principio rector no significa, en modo alguno, que nos encontremos ante una mera norma programática sin valor. El precepto debe inspirar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Tal como ha recordado la doctrina del Tribunal Constitucional en su Sentencia 95/2000, de 10 de abril, *"los principios rectores de la política social y económica, entre los que se encuentra el derecho a la protección de la salud al que se refiere el artículo 43 CE, no son meras normas sin contenido (STC 19/1982, de 5 de mayo), sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el artículo 53.3 CE"*. La doctrina del Tribunal Constitucional también ha declarado que: «el "derecho a la protección de la salud" (art. 43.1 CE) representa uno de los "principios rectores de la política social y económica" proclamados por la Constitución, cuyo reconocimiento, respeto y protección ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53.3 CE)» (ATC 221/2009, de 21 de julio), y, asimismo, lo ha identificado como «un valor de indudable relevancia constitucional» (ATC 96/2011, de 21 de junio) y como un derecho que posee una *"importancia singular"* (ATC 239/2012, de 12 de diciembre).

Según nuestro modelo constitucional corresponde al legislador regular el contenido y las condiciones para el disfrute del derecho a la protección de la salud (art. 43.2 y 53.3). De hecho, sólo podrá ser alegado y exigido ante la jurisdicción en los términos previstos por el legislador. La Constitución no predetermina qué ha de hacer el legislador ni cuánto ha de hacerse para satisfacer el derecho a la protección de la salud, lo que obliga a reconocer a éste un amplio margen de discrecionalidad en función de las circunstancias económicas y políticas reinantes en cada momento concreto. Ahora bien, como apunta LÓPEZ MENUDO, no es discrecional la decisión misma de seguir o no dicho diseño y en esto se advierte la existencia de un cierto "contenido esencial" en los principios rectores, si bien se trata de un núcleo bastante más pequeño y menos duro que el de los derechos fundamentales propiamente dichos. Por eso, "no es desdeñable la fuerza que se puede derivar de ese mínimo núcleo duro para reprimir la posible existencia de políticas contrarias a dichos postulados, la falta de implantación injustificada de medidas sociales elementales, la paralización o bloqueo caprichoso del proceso de mejora de las acciones y

---

<sup>13</sup> SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, *Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico*, Documento de trabajo 89/2006, Laboratorio de Alternativas. Véase también a PRIETO SANCHÍS, Luis, "Los derechos sociales y el principio de igualdad social", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 22, 1995. En un sentido no muy alejado de estos planteamientos podemos citar a PEDREIRA ANDRADE, Antonio, "Hacia una potenciación del derecho constitucional a la protección de la salud", en *Actualidad Administrativa*, nº 10, semana 9-15 marzo, 1992, págs. 92, 111 y 114.



servicios y, desde luego, la eventual regresión de los niveles de atención social ya conseguidos sin justa causa que la explique y legitime<sup>14</sup>”.

La protección de la salud, como un derecho social de prestación que implica una carga financiera considerable para el erario público, es de contenido legal y requiere ineludiblemente de intermediación legislativa en virtud de las condiciones económicas del país en cada momento concreto. Corresponde al legislador en función de las situaciones de necesidad existentes y de los medios financieros disponibles determinar la acción protectora a dispensar por el SNS y las condiciones para el acceso a las prestaciones. Como ha señalado la STC 245/2004, de 16 de diciembre, esta característica de derechos prestacionales que requieren una base financiera sólida y una administración de recursos escasos permite al legislador una amplia libertad de configuración. Encontrar este equilibrio, sin embargo, no es fácil<sup>15</sup>.

Efectivamente, como ha señalado PAREJO ALFONSO, en principio, una legislación que, estuviera dirigida a la supresión o recorte de contenidos propios de derechos sociales previamente establecidos debería considerarse inconstitucional. Ahora bien, una irreversibilidad absoluta y en todo caso de estos derechos podría suponer un vaciamiento inaceptable del principio de pluralismo político y de la cláusula de Estado democrático, toda vez que impediría la existencia de diversas opciones de configuración social, que deben entenderse por remisión a las posibilidades reales de los recursos económico-financieros del Estado en cada momento concreto<sup>16</sup>. La delimitación de un punto intermedio entre estas dos variables no es en modo alguno pacífico, aunque son ya muchos los autores que mencionan la existencia de un núcleo mínimo e indisponible también en estos derechos sociales que restringiría la libertad del legislador a la hora de dotarlos de contenido<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> LÓPEZ MENUDO, Francisco, “Los derechos sociales en los estatutos de autonomía”, en *Derechos sociales y Estatutos de Autonomía. Denominaciones de Origen. Nuevo estatuto del PDI universitario*. Actas del IV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo celebrado en Valladolid, 6 y 7 de febrero de 2009, Lex Nova, Valladolid, 2009, pág. 89.

<sup>15</sup> Sobre los condicionantes económicos de los derechos sociales y, en concreto, respecto del modelo de la Seguridad Social (art. 41 CE), se ha pronunciado el Tribunal Constitucional reiteradamente (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17; 37/1994, de 10 de febrero, FJ 3, y 78/2004, de 29 de abril, FJ 3), y también sobre la racionalización del gasto en el sistema sanitario (ATC 96/2011, de 21 de junio, FJ 6).

<sup>16</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano, *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; así como en “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la “crisis” de las prestaciones y los servicios públicos”, *Revista de Administración Pública*, nº 153, 2000.

<sup>17</sup> Entre ellos, y sin pretensión alguna de exhaustividad, podemos traer a colación a CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, “Derechos fundamentales socio-económicos y prestaciones esenciales”, en la obra colectiva titulada *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo, Vol. I*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009; COBREROS MENDAZONA, Edorta, “Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 19, 1987; LOPERENA ROTA, Demetrio, “La irreversibilidad de los derechos sociales”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 9, 2012; PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad social”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 22, 1995; VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad”, *Informe Comunidades Autónomas 2011*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2012; PONCE SOLÉ, Juli, *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, 2013, etc.

En todo caso, como consecuencia de esta configuración, la universalización y la gratuidad en las prestaciones y servicios sanitarios no derivan ni imperativamente ni de manera inmediata de la Constitución. En principio, el legislador puede supeditar el acceso a las prestaciones sanitarias con cargo a los fondos públicos al pago de una determinada aportación dineraria (copago), a la vinculación con la Seguridad Social o a la posesión de una determinada autorización administrativa de residencia, como ha sido el caso de los extranjeros. Desde esta perspectiva, la exclusión de determinados medicamentos del sistema público subvencionado, el aumento de porcentaje de aportación de los ciudadanos o el pase a un sistema de aportación pecuniaria para disfrutar de determinados servicios que antes eran gratuitos (transporte sanitario no urgente o prestaciones ortoprotésicas, por ejemplo) se situarían en el marco de opciones de políticas públicas que corresponde regular y ejecutar a nuestros poderes públicos, de acuerdo con las prioridades políticas y las condiciones sociales y económicas de cada momento histórico en concreto. Ahora bien, también hay que ser plenamente conscientes de que no es lo mismo no seguir avanzando en la extensión del contenido de este derecho que reducir drásticamente el contenido de sus prestaciones o excluir en bloque a determinados colectivos de ciudadanos. Renunciar a derechos que ya se tienen es mucho más dramático y doloroso que no seguir progresando en algo que todavía no se tiene.

#### **4. Un segundo inconveniente: el ejercicio de potestades organizatorias para la configuración del servicio público**

Debido a la discrecionalidad que es inherente a toda potestad de autoorganización, la Administración tiene una amplia libertad para apreciar las necesidades que ha de subvenir dentro del ámbito de sus competencias y para la determinación del interés público. Ahora bien, deberá motivar la toma de decisiones administrativas que supongan una modificación del *statu quo* existente, cumplir las exigencias derivadas de los procedimientos administrativos (especialmente en caso de contrataciones), no desviarse de los fines que persigue y, sobre todo, respetar los principios inspiradores de nuestro servicio público sanitario.

En los últimos meses, siempre como consecuencia de los problemas económicos y presupuestarios de los servicios de salud autonómicos, se han adoptado determinadas medidas que afectan también a la forma y condiciones de disfrute del derecho a la salud, al sistema público sanitario. En estos casos las modificaciones no son introducidas por el legislador sino directamente por la Administración sanitaria en ejercicio de dichas potestades. Así, en algunos servicios se está optando por la externalización de la asistencia sanitaria, en otros por reconfigurar los servicios de salud y reorganizar los tiempos de trabajo. En otros se buscan los pretendidos ahorros a través de la política de personal, a través, por ejemplo, de la denegación de prórrogas para el servicio

activo y jubilaciones masivas de personal que es sumamente valioso para la organización sanitaria por su dilatada experiencia y sus sólidos conocimientos<sup>18</sup>.

Sin embargo también en estos supuestos nuestro ordenamiento jurídico presta un importante nivel de protección de este derecho y obliga a la Administración a adoptar estas decisiones autoorganizatorias con muchas cautelas y, sobre todo, previa justificación. Según se desprende de algunos pronunciamientos judiciales, la mera alegación por parte de la Administración del "ahorro económico" o de las "necesidades del servicio" no justifica la toma de decisiones administrativas más gravosas ni los cambios organizativos si no se expresan convenientemente qué razones o causas integran aquellos conceptos en una determinada relación jurídica administrativa. Algunos ejemplos tenemos ya de este tipo de controles.

Por ejemplo, podemos traer a colación la decisión organizativa de cerrar el turno de noche en algunos centros sanitarios. La Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales de Castilla-La Mancha, en el ejercicio de sus potestades organizativas, elaboró la Orden de 20 de noviembre de 2012 con la intención de optimizar la utilización de los recursos físicos, humanos y materiales. Dispuso una nueva organización de la atención sanitaria urgente y continuada en las Zonas Básicas de Salud que se traducía en el cierre nocturno de varios puntos de atención continuada de determinadas zonas rurales (PAC). Tan sólo tres días después de su entrada en vigor, mediante Auto de 17 de enero de 2013, dictado por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en el procedimiento ordinario en pieza separada de medidas cautelares, se produjo la adopción de una medida cautelarísima de suspensión de la citada Orden, inaudita parte, sin intervención de la Administración autora de la norma. Una vez presentadas las alegaciones por parte de la Administración se adoptó el Auto de 29 de enero de 2013 por el que se estiman parcialmente las pretensiones de tutela judicial inmediata planteadas por el Ayuntamiento de Tembleque y se suspendió cautelarmente la orden que suponía el cierre de atención nocturna de su centro de salud. Posteriormente se extendió la medida cautelar a otros Ayuntamientos de la región que así la habían solicitado y finalmente, ante la judicialización del conflicto, la Administración decidió derogar el mencionado plan a través de la Orden de 25 de marzo de 2013.

En sus pronunciamientos ha recordado la Sala que el ejercicio de las potestades organizativas por parte de la Administración no es ilimitado y debe hacerse en todo caso cumpliendo el marco que establece nuestro ordenamiento sanitario y motivando en todo caso por qué se produce ese cambio de criterio, máxime cuando se afecta al derecho a la protección de la salud. En la ponderación que realiza el Tribunal para la adopción de su decisión parte de la racionalidad del

---

<sup>18</sup> En este sentido, por ejemplo, la STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de junio de 2013 ha anulado el Plan de Ordenación de Recursos Humanos en materia de jubilación que había adoptado la Administración regional principalmente como medida de ahorro. Entre otros argumentos, porque el cese de actividad al cumplir la edad de jubilación y la denegación de prórrogas ya concedidas suponía una importante modificación de la plantilla de médicos sin que se hubiera realizado una adecuada planificación de los servicios y elementos que configuran la complicada organización sanitaria, tanto en su aspecto material como personal.

interés general tutelado por la Comunidad Autónoma, que persigue la racionalización del gasto público sanitario para lograr la sostenibilidad del sistema, y el perjuicio que se causaría para los ciudadanos en la protección de su salud. La adopción de una norma por motivos significadamente económicos crea, a juicio de la Sala, una zona de incertidumbre y de inseguridad para el paciente incompatible con la actividad prestacional sanitaria que compete a la Administración Autonómica por mandato constitucional y estatutario, en lo relativo al servicio de urgencias en toda su extensión horaria. Asimismo, justifica su decisión en que la Administración no había adoptado otras medidas alternativas para garantizar que el servicio público no se viera perturbado, tales como un refuerzo de personal en los centros que recibieran un mayor número de derivaciones para evitar mayores tiempos de espera, pues era previsible un riesgo de saturación en los demás centros sanitarios o la falta de concreción del personal sanitario asistencial en las ambulancias.

En fin, se trataba de una medida cautelar, que en modo alguno prejuzgaba el fondo del asunto. No obstante, pone de manifiesto que la Administración tiene que ejercer sus potestades organizatorias respetando el ordenamiento jurídico, adoptando las medidas sustanciales que sean necesarias para la correcta prestación del servicio sanitario de urgencia y, en todo caso, debe motivar adecuadamente por qué toma una concreta decisión y qué medidas alternativas se adoptan para evitar que se vea menoscabada la prestación del servicio y el derecho a la protección de la salud de los ciudadanos afectados.

Aun siendo necesaria la colaboración de sujetos o entidades privadas en la prestación de los servicios públicos sanitarios es preciso adoptar siempre cautelas para que no se vean comprometidos los principios básicos inspiradores del Sistema Nacional de Salud, especialmente sus principios de igualdad y continuidad. Buena muestra de ello es la noticia de prensa publicada recientemente<sup>19</sup>, en la que se hacía referencia a que la sanidad madrileña había dejado temporalmente a 30.000 mujeres sin su mamografía preventiva al haber suspendido durante siete meses el Programa de Detección Precoz de Cáncer de Mama por un retraso en la suscripción del nuevo contrato que mantiene con las empresas privadas. La prestación del servicio sanitario ha quedado temporalmente interrumpida, lo que resulta completamente incompatible con el principio básico de continuidad de los servicios públicos. Por ello, más allá de su habilitación legal, no es de extrañar que la opción externalizadora genere ciertos recelos y dudas acerca de su compatibilidad con los valores que inspiran el Sistema Nacional de Salud.

En relación con ello, otro ejemplo de estos parámetros de control que proporciona nuestro ordenamiento administrativo es el referido al proceso de externalización de los hospitales públicos madrileños. En este caso, con la expresa habilitación de la *Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas*, la Resolución de 30 de abril de 2013 de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid ha hecho público el *Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) para la contratación de la gestión, por*

---

<sup>19</sup> Véase, por ejemplo, la noticia aparecida en el diario El Mundo de 9 de octubre de 2013 en <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2013/10/09/oncologia/1381305455.html>

*concesión, del servicio público de la atención sanitaria especializada correspondiente a los hospitales universitarios Infanta Sofía, Infanta Leonor, Infanta Cristina, del Henares, de Sureste y del Tajo* (publicada en el BOCM nº 107 de 7 de mayo de 2013). El nuevo sistema se fundamenta exclusivamente en que es más económico el coste total de la asistencia sanitaria especializada si se gestiona por empresas privadas y no directamente por la Administración.

La legalidad de estas medidas organizativas ha sido ya respaldada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. La STS de 20 de diciembre de 2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), con apoyo en la STC 37/1994, dio el espaldarazo definitivo a la utilización de las fórmulas de gestión indirecta en el servicio público sanitario al desestimar la impugnación de la contratación llevada a cabo en los hospitales de Alzira y Sueca. Señaló entonces el Tribunal que los artículos 41 y 43 de la Constitución no imponen la gestión pública directa y exclusiva del sistema de salud. Ahora bien, ello no implica que esta toma de decisiones administrativas pueda ser completamente libre. Como cualquier otra potestad de carácter discrecional también está sometida a importantes controles. Como el propio Tribunal reconoce en esta sentencia, las nuevas formas de gestión deben respetar y salvaguardar los derechos de los usuarios. Esto es, deben cuidar que la su utilización en la prestación del servicio no redunde en perjuicio del usuario y, en definitiva, que se le otorgue un servicio con las adecuadas garantías y sometido a los controles oportunos.

Nuestro marco jurídico ofrece también importantes parámetros de control cuando se ejercitan este tipo de potestades organizativas, máxime cuando se trata de una materia especialmente sensible como esta que, por su propia naturaleza y su envergadura requiere ser tratada con cautela. En este caso, una vez aprobado el pliego del contrato y unos días antes de que concluyera el plazo fijado (el día 3 de junio de 2013), la Administración dictó una nueva Resolución denominada de corrección de errores que modificaba la redacción definitiva de una de las cláusulas del pliego y que reducía considerablemente la cuantía de la garantía definitiva que debía prestar el licitador que hubiera presentado la oferta económicamente más ventajosa, que pasaba del 5% del importe de adjudicación del contrato (10 años), al 5% del importe anual de adjudicación del contrato.

La medida ha generado una enorme conflictividad social y jurisdiccional. Contra la ley de cobertura ha sido admitido un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (nº 1884/2013) y se han presentado numerosas impugnaciones, tanto en el ámbito penal como en el administrativo. En concreto, y en lo que ahora nos interesa, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, a través de su Auto de 11 de septiembre de 2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) ha suspendido cautelarmente dicho procedimiento a raíz del recurso planteado por la Asociación de Facultativos Especialistas de Madrid (AFEM). Aunque ha habido más pronunciamientos judiciales, tomamos este como referencia en nuestro análisis.

Tal como reconoce la Sala, se trata de un proyecto de una enorme envergadura que supone el inicio en el ámbito sanitario de un proceso privatizador sin precedentes, tanto por el número de centros afectados, como de profesionales,

prestaciones y pacientes afectados. Según el relato fáctico del Auto, afecta a seis hospitales de la red pública de la Comunidad de Madrid, que cuentan con un total de 1.149 camas (se incluyen además 4 Centros de Especialidades y 4 Centros de Salud Mental). Se verían afectados 92 municipios de Madrid, 1.151.588 personas y 5.128 profesionales. Implica transacciones económicas cuantiosísimas por el precio de los contratos que la Administración tendría que pagar a las entidades concesionarias que, además, quedarían automáticamente subrogadas en 392 contratos de suministro y de servicios vigentes por un importe total aproximado de 43.860.373,46 euros, poniéndose además a disposición de las adjudicatarias las existencias almacenadas en los diferentes hospitales, cuyo importe global orientativo asciende a 9.686.819,47 euros. Asimismo, el objeto de las prestaciones contractuales excede el conjunto de las que se pueden prestar en los hospitales y centros objeto de los contratos, por cuanto que la Administración tendría que abonar a las empresas privadas adjudicatarias unos servicios que va a seguir prestando ella misma, tal es el caso de todas las prestaciones sanitarias que dependen de servicios que no existen en los hospitales a privatizar y que, evidentemente, al formar parte del catálogo de prestaciones y servicios del Sistema Nacional de Salud se integran en el derecho a la salud de los ciudadanos.

El Auto, sin verter consideración alguna acerca del nuevo modelo de gestión sanitaria elegido ni sobre la bondad de un sistema de gestión sobre otro –pues ello excedería de su competencia-, ha considerado que este proceso privatizador es de unas dimensiones tan extraordinarias que harían muy difícil, por no decir imposible, volver a la situación anterior en caso de que no se accediera a la medida cautelar de suspensión y se estimara el recurso. Podrían crearse situaciones irreversibles que podrían hacer ineficaz la sentencia misma, sobre todo en relación con el proceso de opciones, decisiones y movilidad de su personal. La apariencia de que la corrección de errores excede las posibilidades de actuación que prevé el art. 105 de la Ley 30/1992 y la falta de acreditación por parte de la Administración del perjuicio económico relacionado con el ahorro del gasto público que supondría el nuevo sistema de gestión han sido argumentos suficientes para decretar la suspensión del proceso.

## **5. Aun así, existen importantes parámetros para su control**

A través de estos ejemplos concretos acabamos de ver que las normas administrativas relativas a la contratación y a los procedimientos administrativos, así como los principios rectores de los servicios públicos, proporcionan elementos para controlar la toma de decisiones organizativas de nuestras Administraciones sanitarias. Mayores problemas presenta el control de los recortes sanitarios cuando estos son decididos por el legislador. No obstante, tampoco la libertad de que disfruta el legislador para acordarlos es absoluta. Como destaca GARRIDO CUENCA, la remisión al legislador que contiene nuestra Constitución no puede interpretarse nunca como un vaciamiento de su contenido, como una carta en blanco, sino como un mero aplazamiento de su

especificación normativa respecto a todos o a algunos de los contenidos del derecho a la protección de la salud<sup>20</sup>.

La libertad del legislador a la hora de configurar el contenido y extensión del derecho a la protección de la salud no es ilimitada. Ha de ejercerse teniendo en cuenta el modelo de Estado social en el que se inserta el derecho a la protección de la salud y su estrecha vinculación con los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y, en definitiva, con la dignidad humana. Existen normas de carácter internacional que establecen ciertas exigencias mínimas a la hora de determinar el contenido de los derechos sociales y que, en consecuencia, vinculan a nuestro legislador. El marco constitucional debe ser interpretado como un mandato de optimización, de mejora continua y de progresión en los llamados derechos sociales o prestaciones. En todo caso, la interpretación de los derechos económicos y sociales reconocidos por nuestra Constitución hay que hacerla conforme a estos compromisos de carácter internacional suscritos por el Estado español, tal como se deriva del mandato contenido en el art. 10.2 de la Constitución.

#### *5.1. Los límites de las normas de carácter internacional y la obligación de progresar en la efectividad del derecho a la protección de la salud*

Aunque son muchos los textos de carácter internacional que hacen referencia a este derecho, resultan especialmente destacables a estos efectos la Carta Social Europea y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC) por el contenido concreto que incorporan.

En el seno del Consejo de Europa es preciso tener en cuenta la Carta Social Europea, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961 y firmada por el Estado español el 27 de abril de 1978. Tras garantizar en el art. 11 el derecho a la protección de la salud, garantiza en su art. 13 el derecho a la asistencia social y médica<sup>21</sup>. Para ello, el Estado se obliga a velar para que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlo por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de Seguridad Social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los

---

<sup>20</sup> GARRIDO CUENCA, Nuria, "El derecho a la protección de la salud en los Estatutos de Autonomía: propuestas para un derecho prestacional universal de nueva generación", en *Derecho Sanitario y Bioética. Cuestiones actuales*. Obra colectiva coordinada por Marina GASCÓN ABELLÁN, María del Carmen GONZÁLEZ CARRASCO y Josefa CANTERO MARTÍNEZ, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 125 y ss.; así como su trabajo "La igualdad y cohesión del Sistema Nacional de Salud. La protección de la salud en el modelo autonómico", en el *Tratado de Derecho Sanitario*, tomo I, dirigido por Alberto Palomar Olmeda y Josefa Cantero Martínez, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 103 y ss.

<sup>21</sup> La Carta Social Europea de 1961 fue ratificada por España el 29 de abril de 1980, esto es, una vez establecido nuestro nuevo ordenamiento constitucional democrático, incluyéndose dicha ratificación en el paquete de tratados internacionales más significativos de Naciones Unidas (los dos Pactos de 1966, ratificados en 1977) y del Consejo de Europa (el Convenio Europeo de 1950, ratificado en 1979). Sin embargo, no ha ratificado las mejoras posteriores de la Carta Social de 1991, revisada en 1996, lo que afecta al sistema de reclamaciones colectivas, que no ha sido admitido por nuestro Estado.

cuidados que exija su estado. En la *Reclamación número 14/2003 (Federación internacional de ligas de derechos humanos contra Francia, decisión de fondo de 7 de septiembre de 2004)*, el Comité entendió que, sin perjuicio de las políticas de inmigración de cada Estado Parte en la Carta Social, los extranjeros no pueden ser excluidos de determinados derechos inherentes a la dignidad de la persona, como es la asistencia sanitaria.

El Comité Europeo de Derechos Sociales, que es el órgano encargado de vigilar el cumplimiento de la Carta por los Estados partes a través de la presentación de informes estatales y las reclamaciones colectivas, ha publicado el 22 de abril de 2013 cinco decisiones sobre el sistema de Seguridad Social griego. En ellas ha considerado que, aunque las restricciones en el sistema de prestaciones de Seguridad Social no suponen en sí una violación de la Carta Social Europa, los efectos cumulativos de todas las restricciones impuestas como consecuencia de las medidas de austeridad pueden suponer una violación del derecho a la Seguridad Social proclamado en el art. 12 de la Carta<sup>22</sup>. Un planteamiento similar podría realizarse, a nuestro juicio, del derecho a la protección de la salud.

Mayores e incluso más concretos niveles de protección ofrece en el ámbito de Naciones Unidas el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Dicho Pacto fue adoptado en el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Con su firma, el Estado español se obligó a adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad del derecho a la protección de la salud hasta el máximo de los recursos de que disponga en cada momento (art. 2.1). Y así ha venido sucediendo hasta hace muy poco tiempo.

En virtud de esta obligación de progresividad se ha entendido que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con este derecho. Del mismo Pacto se derivaría, pues, una prohibición de regresividad del derecho a la protección de la salud. Según COURTIS, una norma es regresiva si al compararla con la norma anterior que ha modificado o sustituido suprime, limita o restringe derechos o beneficios reconocidos por

---

<sup>22</sup> Dirá el Comité que algunas de las reducciones introducidas por el Gobierno griego y criticadas por los reclamantes no suponen por ellas mismas una violación de la Carta. Este es particularmente el caso de las restricciones introducidas en las pensiones cuando el nivel de las pensiones es suficientemente alto o cuando la edad para disfrutar de las pensiones es baja, pues hay un interés público en que esas personas puedan seguir en el mercado de trabajo. Por el contrario, los efectos cumulativos de tales restricciones, tal como han sido descritas por los reclamantes y que no han sido contestadas por el Gobierno, suponen una significativa degradación de las condiciones de vida de los pensionistas. A pesar del contexto de la crisis económica griega y de que el Gobierno ha sido requerido para adoptar decisiones urgentes, el Gobierno no ha probado haber realizado un análisis de los efectos de tales medidas y su impacto en la sociedad. Tampoco ha justificado si se podrían haber adoptado otras medidas alternativas. No ha demostrado los esfuerzos que ha realizado para mantener un nivel de protección suficiente de los colectivos más vulnerables de la sociedad, a pesar de que las medidas adoptadas suponen una gran pauperización. Los cinco informes pueden consultarse en la siguiente página (última consulta: el 23 de abril de 2013):

[http://www.coe.int/T/DGHL/Monitoring/SocialCharter/NewsCOEPortal/CC76-80Merits\\_en.asp](http://www.coe.int/T/DGHL/Monitoring/SocialCharter/NewsCOEPortal/CC76-80Merits_en.asp)



la norma anterior<sup>23</sup>. Pues bien, tal como antes hemos apuntado, no cabe duda de que la mayor parte de las medidas sanitarias que se están adoptando en los últimos años suponen una modificación de las condiciones de ejercicio del derecho a la protección de la salud. En la medida en que se excluyen del sistema público sanitario determinado tipo de prestaciones sanitarias y farmacéuticas o imponen condiciones más estrictas para disfrutar de las prestaciones sanitarias, como por ejemplo, realizar una determinada aportación económica para el acceso a ellas, suponen ciertamente un empeoramiento de dichas condiciones desde el punto de vista del ciudadano.

Bien es cierto, no obstante, que no todas estas medidas tienen la misma intensidad ni gravedad, aun participando de la nota común de regresividad. En este sentido, la más grave y regresiva, a nuestro juicio, es la exclusión del sistema público sanitario de los extranjeros que no poseen autorización legal de residencia en el Estado español, es decir, los denominados inmigrantes ilegales. Una cosa es que el legislador pueda establecer condicionantes para el ejercicio del derecho a la protección de la salud, tales como, por ejemplo, la limitación de las prestaciones farmacéuticas o el sometimiento a un nuevo régimen de aportaciones dinerarias para disfrutar de algunas de ellas, y otra muy distinta que dé un paso atrás en nuestro ordenamiento social para excluir por completo de la titularidad del ejercicio de este derecho a los extranjeros en situación de irregularidad.

El artículo 12 de este Pacto consagra el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Pues bien, entre las múltiples medidas que deberán adoptar los Estados para lograr la efectividad de este derecho figuran, entre otras, la creación de condiciones que aseguren a todos los ciudadanos la asistencia médica en caso de enfermedad. Para ello, cada Estado se ha comprometido a adoptar medidas especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto, por todos los medios apropiados, inclusive la adopción de medidas legislativas (art. 2). Es más, el compromiso de los Estados llega a garantizar que este derecho se ejerza sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Sólo se establecen especialidades para los "países en desarrollo" que, teniendo en cuenta su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizan estos derechos a personas que no sean nacionales suyos.

Es decir, España, como Estado firmante del Pacto, está obligada a dar plena efectividad al derecho a la protección de la salud "hasta el máximo de los recursos de que disponga". De ello se deriva una obligación de

---

<sup>23</sup> COURTIS, Christian, "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios", en *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, obra colectiva coordinada por el mismo autor, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2006, págs. 3 y 4.

prioridad de gasto al adoptar decisiones sobre el gasto público respecto de otras partidas discrecionales y, en todo caso, deberá justificar y motivar adecuadamente por qué reduce el gasto público respecto de la salud. Obviamente en un contexto de grave crisis económica y en el marco del principio de estabilidad presupuestaria que ha consagrado recientemente el art. 135 de nuestra Constitución no resultará fácil cumplir las condiciones del Pacto para esta rebaja del gasto sanitario, especialmente si tenemos en cuenta que la nueva redacción de este precepto otorga prioridad absoluta en el gasto, no al desarrollo de los derechos sociales, sino al pago de los intereses y el capital de la deuda de nuestras Administraciones Públicas.

Conviene tener en cuenta que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), que es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto por los Estados firmantes y el encargado de interpretar sus disposiciones en forma de Observaciones Generales, ha dado contenido a este derecho y ha determinado las obligaciones de los Estados firmantes en esta materia. Precisamente, en su reunión de 12 de mayo de 2000, el Comité adoptó la *Observación General nº 14 respecto del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. En ella ha definido la salud como "un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos". En el párrafo 43 interpreta que es obligación básica de los Estados, como mínimo, la de garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial, por lo que respecta a grupos vulnerables o marginados, así como facilitar medicamentos esenciales. Es obligación básica y esencial de los Estados la de adoptar medidas necesarias hasta el máximo de los recursos de que disponga. "Un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad al derecho a la salud viola las obligaciones que ha contraído en virtud del art. 12 del Pacto". Si la limitación de los recursos imposibilita el pleno cumplimiento de estas obligaciones, "el Estado tendrá que justificar no obstante que se ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones señaladas supra. Cabe señalar sin embargo, que un Estado parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43 supra, que son inderogables".

Es decir, respecto de los inmigrantes sin papeles, podríamos decir que el Estado Español ha incumplido una de las obligaciones básicas e indisponibles previstas por el Pacto como es la relativa a la obligación de garantizar el derecho de acceso a centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados. Las razones económicas no justifican desde el punto de vista del Pacto esta limitación a este concreto colectivo de personal.

En el párrafo 48 de la Observación General prohíbe la adopción de cualesquiera medidas regresivas respecto de la salud. "Constituye una violación del Pacto la revocación o suspensión formal de la legislación

necesaria para el continuo disfrute del derecho a la salud, o la promulgación de legislación o adopción de políticas que sean manifiestamente incompatibles con las preexistentes obligaciones legales o internacionales relativas al derecho a la salud". Estas actitudes por parte del Estado se califican como actos de comisión. Entre las violaciones por actos de omisión figuran, según su párrafo 49, *"no adoptar las medidas apropiadas para dar plena efectividad al derecho universal a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental"*.

En todo caso, si analizamos las medidas adoptadas por el Real Decreto Ley 16/2012 que excluyen a los inmigrantes sin papeles, podríamos decir que se ha producido una violación de las obligaciones de cumplir que incumben a los Estados firmantes según lo dispuesto en el párrafo 50 de la Observación General. Dicha violación se produce cuando *"los Estados partes no adoptan todas las medidas necesarias para dar efectividad al derecho a la salud. Cabe citar entre ellas la no adopción o aplicación de una política nacional de salud con miras a garantizar el derecho a la salud de todos; los gastos insuficientes o la asignación inadecuada de recursos públicos que impiden el disfrute del derecho a la salud por los particulares o grupos, en particular las personas vulnerables o marginadas..."*.

En fin, existe una presunción de que las decisiones políticas y administrativas que adopta un Estado incumpliendo las obligaciones de progresividad y no regresividad a las que se ha comprometido constituyen una violación de los tratados internacionales sobre los derechos sociales<sup>24</sup>. Incumbe entonces al Estado la carga de justificar y probar la racionalidad y la necesidad de tales medidas, así como la inexistencia de medidas alternativas al retroceso. Así lo explicita el art. 2.1 del PIDESC al fijar que si el Estado adopta alguna medida de carácter regresivo le corresponde demostrar que se han aplicado tras el examen exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte. Ni la exposición de motivos del Real Decreto Ley ni su memoria económica aportan, a nuestro juicio, las explicaciones al respecto que serían necesarias. Habrá que ver, no obstante, la lectura final que de este marco internacional acaba realizando el Tribunal Constitucional cuando se resuelvan los recursos de inconstitucionalidad que han planteado algunas Comunidades Autónomas frente a este Real Decreto Ley. En todo caso, tanto la Carta como el Pacto deberían ser utilizados como parámetros a la hora de delimitar -al menos en estos aspectos básicos y esenciales- el

---

<sup>24</sup> PARRA VERA, Oscar, "El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad", en *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, obra colectiva coordinada por Christian COURTIS, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2006, pág. 53; ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, págs. 96 y 111, entre otras muchas; PEMÁN GAVÍN, Juan María, «El derecho a la salud como derecho social. Desarrollos recientes desde la perspectiva internacional y en el Derecho comparado», en la *Revista de Derecho Administrativo* núm. 179, 2009, pág. 39; así como el Prólogo al *Tratado de Derecho Sanitario*, tomo I, dirigido por Alberto Palomar Olmeda y Josefa Cantero Martínez, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, pág. 59.

margen de libertad de que dispone el legislador para la configuración de este derecho.

### 5.2. Su inserción en un determinado modelo de Estado, el Estado social

El reconocimiento de este derecho se realiza en el seno de un determinado modelo de Estado por que el optaron nuestros Constituyentes: un Estado social y democrático de Derecho. La cláusula constitucional del Estado social implica que los poderes públicos son los encargados de hacer real y efectiva la igualdad de todos los ciudadanos y de los grupos en que se integran (art. 1 y art. 9 de la Constitución). Esta cláusula ha convertido a los poderes públicos en instrumentos configuradores de la vida social y económica, cuya actuación ha de ir íntimamente unida de la realización del valor superior de la igualdad, sobre todo en su aspecto sustancial<sup>25</sup>. En este sentido, no cabe duda de que la salud es uno de los pilares donde se apoya el bienestar de los ciudadanos y de nuestra sociedad. La lógica y la inspiración del Estado social es la de la continua lucha por la igualdad y justicia social. Y si este mandato resulta predicable de todos los ámbitos de la vida social, con mayor motivo lo será en el ámbito de la salud y la asistencia sanitaria debido precisamente a la estrechísima relación que existe entre este derecho de carácter social y los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física de todos los ciudadanos. En este sentido, tal como ha destacado MENÉNDEZ REXACH, la protección de la salud y la asistencia sanitaria no constituyen una opción del legislador sino una exigencia constitucional<sup>26</sup>.

La instauración misma de un sistema público sanitario no es sino una manifestación de la opción por un determinado modelo de Estado cuya característica básica, tal como ha destacado PALOMAR OLMEDA, es la superación del modelo de Estado abstencionista en sus relaciones con la sociedad y su sustitución por un tipo de Estado que interviene directamente en la vida social hasta el punto de convertir en funciones propias las que hacen referencia a la satisfacción de las necesidades sociales<sup>27</sup>. El principio del Estado social, en palabras de CASCAJO CASTRO,

---

<sup>25</sup> Estamos reproduciendo las palabras de CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, "Derechos fundamentales socio-económicos y prestaciones esenciales", en la obra colectiva titulada *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo, Vol. I*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, pág. 374.

<sup>26</sup> MENÉNDEZ REXACH, Ángel, "El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas", en la Revista *Derecho y Salud*, Volumen 11, Número Extraordinario, mayo de 2003, pág. 26.

<sup>27</sup> PALOMAR OLMEDA, Alberto, "El tratamiento constitucional de la salud", en la obra colectiva coordinada por el mismo autor y titulada *Manual jurídico de la profesión médica*, Dykinson, Madrid, 1998, pág. 119; DOYAL, Len y GOUGH, Ian, *Teoría de las necesidades humanas*, Icaria, Barcelona, 1994, consideraron la salud y la autonomía como las dos necesidades básicas del individuo, necesarias para el logro del estado de bienestar; MONEREO PÉREZ, José Luis, "La política social en el Estado del Bienestar: Los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de desmercantilización" en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Julio-Septiembre de 1995; GARCÍA COTARELO, Ramón, *Del Estado del bienestar al Estado del malestar. (La crisis del Estado social y el problema de legitimidad)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986. Para este autor, el Estado social persigue la síntesis de dos ideas contrapuestas, la libertad y la igualdad. "Bienestar social garantizado por la intervención administrativa del Estado en

viene a caracterizar la estructura del ordenamiento y de la Constitución y compromete a los órganos del Estado y a los mismos sujetos particulares en una acción de transformación de la sociedad, que tiene como últimos fines la igualdad y la extensión del bienestar, de tal forma que la idea del Estado social termina por identificarse con la propia concepción del progreso civil<sup>28</sup>. Desde esta perspectiva, la protección de la salud y el establecimiento de un sistema que cubra las necesidades sanitarias y sociales mínimas de todos los ciudadanos puede verse como una conquista de los ciudadanos y del Estado social y, en este sentido, puede decirse que el Sistema Nacional de Salud es una concreción, manifestación y desarrollo del Estado social en el ámbito de la salud.

Por ello, hasta hace tan sólo unos años y en virtud precisamente de las exigencias que impone el modelo de Estado social que hemos adoptado en nuestra Constitución, difícilmente se habría podido concebir que un legislador realmente preocupado y responsable de la sociedad pudiera dar marcha atrás en el contenido y extensión del derecho a la protección de la salud y adoptara medidas de claro carácter regresivo. La práctica demuestra precisamente todo lo contrario, la tendencia a garantizar un ámbito de protección de la salud individual y colectiva cada vez mayor y, en definitiva, a una ampliación progresiva de los derechos de los ciudadanos relacionados con la salud. Ello se ha traducido en una ampliación gradual, tanto de la cartera de servicios como de los colectivos titulares de la asistencia sanitaria pública. Al menos así venía ocurriendo hasta el inicio de la actual crisis económica.

Esta tendencia, por lo demás, constituía la esencia misma que estaba en la teorización de las doctrinas sobre la irreversibilidad de las conquistas sociales. Los principios rectores de la política social y económica fueron concebidos con ese propósito y se hicieron depender directamente del legislador con la intención de facilitar su progresividad, la extensión de su contenido y de su ámbito de protección conforme fueran mejorando las condiciones económicas del país, tal como así había venido sucediendo. La crisis económica, sin embargo, ha supuesto un importante punto de inflexión en esta materia. Se están limitando las prestaciones sanitarias públicas, se están aumentando las aportaciones de los usuarios por ellas y se están excluyendo a determinados colectivos de personal, tal como ha ocurrido con los inmigrantes ilegales.

La doctrina está empezando a teorizar sobre la necesidad de avanzar hacia la "solidaridad social" como una noción central de la acción pública y que trasciende de la cláusula de Estado social para situarse en el ámbito superior de la dignidad humana (art. 10.1 de la Constitución) y

---

todos los ámbitos sociales pero en un medio de libertades formales en cuyo fundamento se encuentra la convicción de que el único criterio de validación es el procedimental" (pág. 14).

<sup>28</sup> CASCAJO CASTRO, J.L., "La configuración del Estado social en la Constitución española", en la obra colectiva titulada *Estudios sobre el Estado social. El Estado social y la Comunidad Autónoma de Andalucía*, coordinada y dirigida por CÁMARA VILLAR y CANO BUESO, editada por Tecnos, Madrid, 1993, pág. 41.

directamente ligada con el principio de igualdad material del que deriva<sup>29</sup>. Tal como se ha subrayado desde la Asociación de Economía de la Salud<sup>30</sup>, nuestro SNS está siendo "uno de los estabilizadores sociales clave en España para que la crisis económica no derive en una crisis social de gran magnitud". Desde esta perspectiva, por ejemplo, la exclusión en bloque de uno de los colectivos más sensibles y desfavorecidos como es el de los inmigrantes irregulares resultaría poco compatible con estos parámetros.

Resulta sumamente significativo y enriquecedor que en los últimos años se haya empezado también a interiorizar un nuevo concepto que apunta en esta misma dirección. Me refiero al de "sostenibilidad social". Su análisis ciertamente supone una renovación bastante radical de las formas de concebir la sostenibilidad. Hasta ahora se han convertido en conceptos ya asumidos por todos los relativos a la sostenibilidad medioambiental y la sostenibilidad económica. Sin embargo, no se ha interiorizado de la misma manera el nuevo concepto, la nueva dimensión de la sostenibilidad social como una exigencia de mantenimiento de la cohesión social, a pesar de que su relación directa con nuestro modelo constitucional de Estado. En nuestro país, por ejemplo, PONCE SOLÉ propone la sostenibilidad social como límite al principio de estabilidad presupuestaria y financiera. Entiende que se perjudica considerablemente la sostenibilidad social cuando el mantenimiento de la estabilidad presupuestaria implique medidas regresivas de prestaciones sociales que, desde una perspectiva singular impliquen afectaciones del núcleo mínimo inviolable de los derechos sociales, lo que justificaría una eventual declaración de inconstitucionalidad de la ley que las estableciera<sup>31</sup>.

Como ya empiezan a poner de manifiesto algunos autores, de cara a la implantación de determinadas políticas públicas, es preciso indagar sobre cómo combinar las reformas, especialmente las que tienen que ver con el ahorro económico y sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud, con las consecuencias sociales que éstas producen, de tal modo que habría que preconizar la elaboración también de un nuevo principio, del "*principio de precaución social*", como modo de asegurar la sostenibilidad social<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Nos remitimos directamente a CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, "Derechos fundamentales socio-económicos y prestaciones esenciales", en la obra colectiva titulada *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo, Vol. I*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, pág. 375, así como a la bibliografía y referencias jurisprudenciales allí citadas.

<sup>30</sup> *El Sistema Nacional de Salud: diagnóstico y propuestas de avance* (diciembre de 2013) <http://aes.es/Publicaciones/anuncio-documento-SNS.pdf>

<sup>31</sup> PONCE SOLÉ, Juli, *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos...*, op. Cit., págs. 52, 74, 117 y 122, fundamentalmente. Propone el autor desterrar también en este ámbito el mito del legislador soberano. No sería constitucionalmente admisible que el legislador adoptara medidas de forma apresurada, teniendo solamente en cuenta criterios de eficiencia o economía y con falta de estudios sobre el impacto que las mismas provocarían en los derechos sociales afectados. Para ello resulta imprescindible mejorar la calidad normativa mediante el establecimiento de indicadores lo más precisos posibles de cuando una crisis económica perjudica a la sostenibilidad social.

<sup>32</sup> BALLEST, Jérôme, DUBOIS, Jean-Luc y MAHIEU, François-Régis, "A la recherche du développement socialement durable: concepts fondamentaux et principes de base", en *Développement Durable et*

Aplicado al ámbito que ahora nos ocupa, y como una nueva dimensión de la sostenibilidad, podría ser interpretado como la necesidad de analizar el impacto social que provocan las reformas sanitarias, como la obligación de los poderes públicos de abstenerse de realizar determinadas actividades o de adoptar determinadas políticas públicas mientras no se demuestre que no son dañinas para el mantenimiento la cohesión social. Se trataría, en suma, de intentar dar a este derecho social, al derecho a la protección de la salud, la mayor efectividad posible.

### 5.3. *Su estrecha relación con otros derechos fundamentales y con el valor de la dignidad humana*

A pesar de su configuración constitucional como un principio rector de la política social y económica, la protección de la salud posee una "importancia singular" en nuestro ordenamiento constitucional en la medida en que está estrechamente relacionado con el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y tiene una vinculación inmediata con la dignidad humana como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico (ATC 239/2012, de 12 de diciembre). Esta especial conexión no llega, claro está, hasta el punto de poder considerar que el derecho a la protección de la salud forme parte de estos derechos fundamentales y, en consecuencia, sea susceptible de interposición de un recurso de amparo. Así lo ha aclarado el Tribunal Constitucional en su Auto 57/2007, de 26 de febrero, al considerar que, aunque existe una indudable conexión entre ambos derechos, "no cabe invocar en el recurso de amparo la tutela del derecho a la protección de la salud mediante el expediente de introducir su contenido en el ámbito del derecho a la vida y a la integridad física". Ahora bien, como ha subrayado VAQUER CABALLERÍA, no podemos seguir haciendo una interpretación tópica de estos derechos, sino que es necesario avanzar hacia una interpretación sistemática y finalista capaz de descubrir las relaciones existentes entre ellos al servicio de la dignidad de la persona<sup>33</sup>.

Esta estrecha vinculación sí está evidenciando una especial sensibilidad por parte de nuestros jueces y tribunales para la protección de este derecho frente a los argumentos estrictamente económicos. Ante la duda ha optado recientemente por la interpretación más favorable para el ejercicio de este derecho en el caso de los inmigrantes irregulares. Así, al menos, se deduce del ATC nº 239/2012, de 12 de diciembre, que ha levantado parcialmente la suspensión del Decreto vasco 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que había extendido la asistencia

---

*Territoires*, dossier 3, 2004. Consultado el 9 de octubre de 2013. URL: <http://developpementdurable.revues.org/1165>;

<sup>33</sup> VAQUER CABALLERÍA, Marcos, "Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad", *Informe Comunidades Autónomas 2011*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2012, pág. 79. Señala el autor la necesidad de superar la distinción entre los derechos sociales y los derechos fundamentales. La efectividad de la libertad requiere prestaciones públicas (por ejemplo, en policía de seguridad para prevenir sus violaciones o en administración de justicia para repararlas), del mismo modo que los derechos de prestación demandan libertad en su disfrute (por ejemplo, consentimiento informado para un tratamiento de salud o ausencia de acoso inmobiliario en el disfrute de la vivienda).

médica a los extranjeros irregulares, desconociendo el nuevo régimen establecido en el Real Decreto Ley 16/2012. El Auto, tras poner en relación *el principio rector del art. 43 CE con el art. 15 CE, concluye que "resulta evidente que los intereses generales y públicos, vinculados a la promoción y garantía del derecho a la salud, son intereses asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles"*.

En este caso la ponderación se ha resuelto a favor del derecho a la protección de la salud dada la importancia de los intereses en juego y por haber apreciado el Tribunal que *"el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado"*.

## **6. Un breve apunte sobre el instrumento empleado para los recortes: el Real Decreto-Ley**

Resulta indiscutible que el Gobierno dispone de amplias facultades para la modificación del ordenamiento jurídico en virtud de las distintas opciones políticas que resulten del correspondiente proceso electoral. Ello es consustancial a la cláusula de Estado democrático que proclama nuestra Constitución. Más dudoso, sin embargo, es que haya recurrido a la figura del Real Decreto Ley para realizar una reforma estructural del SNS y disponer medidas de recorte de este derecho de tan gran calado. Si se pretende ir más allá de la adopción de medidas puntuales que sean estrictamente necesarias para el mantenimiento del sistema para modificar los consensos básicos que en su día llevaron a la configuración del SNS, sería razonable que este cambio estructural del modelo se acordara en las Cortes Generales tras su previo debate político y social.

El Real Decreto Ley es un instrumento excepcional que habilita al Gobierno de la nación para elaborar una norma a la que se le va a reconocer rango de ley. Supone un desconocimiento de uno de los principios básicos de los Estados democráticos de Derecho como es el de la separación de los poderes de un Estado, en la medida en que implica un desplazamiento del poder legislativo de las Cortes Generales hacia el Gobierno de turno. Por eso precisamente este mecanismo sólo puede ser empleado ante circunstancias extraordinarias y de urgente necesidad que requieran una actuación urgente por parte del Gobierno (art. 86 CE). Como ha reconocido la STC 137/2011, de 14 de septiembre, esta figura sólo está contemplada "como un instrumento del que es posible hacer uso 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, bien por el tiempo a invertir en el procedimiento legislativo o por la necesidad de la inmediatez de la medida" (STC 111/1983, de 2 de diciembre, y STC 137/2011, de 14 de septiembre). Pues bien, si aplicamos todos estos parámetros al Real Decreto Ley 16/2012, surgen serias dudas sobre su constitucionalidad. Sin perjuicio del peso que en la apreciación de lo que



haya de considerarse como caso de extraordinaria y urgente necesidad haya de concederse al juicio puramente político del Gobierno, corresponde al Tribunal Constitucional el aseguramiento de estos límites y la comprobación de que no se ha realizado un uso abusivo o arbitrario de esta figura. La norma ha sido impugnada y será en su día analizada por el Tribunal Constitucional.

Aunque es innegable la difícil situación económica del SNS por la deuda millonaria que arrastraba, da la impresión de que algunas de las medidas adoptadas tiene más que ver con la precipitación y arrebató que con la urgencia, como buena prueba de ello dio la publicación pocos días después de la entrada en vigor del Real decreto-ley 16/2012, de diversas páginas de corrección de errores técnicos, que se refieren no solo a cuestiones de errores tipográficos o lingüísticos sino que también introducen, en algunos casos, verdaderas modificaciones sustantivas con relación a los preceptos aprobados y en vigor del articulado original (BOE núm. 116, de 15 de mayo de 2012) o que haya sido objeto de modificación pocos días después de su convalidación mediante el Real decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios. Así lo ha manifestado también el *Dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña 6/2012, de 1 de junio, sobre el Real Decreto Ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y la seguridad de sus prestaciones*.

Un detenido análisis de las razones de la nueva norma nos obliga a realizar varias reflexiones. Es por todos conocida la situación de deuda multimillonaria que arrastra desde su creación del SNS y la necesidad de contener –e incluso reducir el gasto- para contribuir desde este sector al cumplimiento de los objetivos de déficit. Ello justificaría posiblemente algunas de las medidas que se adoptan y que tienen como objetivo inmediato el ahorro de dinero público (exclusión de colectivos, copagos sanitarios, centrales de compra sanitaria, etc). Ahora bien, la propia Exposición de Motivos no oculta que han existido también otras razones que, a mi juicio, estarían bastante más alejadas de las causas habilitantes del uso del Real Decreto Ley y que podrían reflejar un exceso y uso abusivo de esta figura, pues se aprovecha esta norma para cambiar absolutamente todo el ordenamiento sanitario y buscar otras soluciones frente a lo que son situaciones claramente estructurales.

Así, no parece que concurra esta nota de imprevisibilidad cuando es la propia norma la que reconoce sin pudor en su Exposición de Motivos que se pretende dar respuesta a problemas y situaciones estructurales (y no coyunturales) del sistema público sanitario. Se dice que “los datos estructurales y las cifras más significativas del gasto sanitario público muestran que la sanidad pública no puede obviar por más tiempo una situación claramente incompatible con su imprescindible sostenibilidad y que, al mismo tiempo, ha acarreado consecuencias gravemente perjudiciales para el empleo y la viabilidad de los sectores empresariales que con él se relacionan”. A las mismas razones estructurales se refieren otros de los motivos justificadores de la adopción de este instrumento. Así, se habla de que *el Sistema Nacional de Salud viene sufriendo situaciones de descoordinación entre los servicios de salud*

*autonómicos lo que se traduce en la aparición de considerables diferencias en las prestaciones y en los servicios a los que acceden los pacientes en las distintas comunidades autónomas. La cohesión territorial y la equidad se han visto puestas en cuestión con determinadas medidas adoptadas durante estos últimos años".* Se habla también de la ausencia de normas comunes sobre el aseguramiento en todo el territorio nacional, del crecimiento desigual en las prestaciones del catálogo, de la falta de adecuación de algunas de ellas a la realidad socioeconómica, etc.

En estas condiciones es realmente complicado apreciar la nota de "imprevisibilidad" de la situación que se trata de corregir con el recurso a un Real Decreto-Ley. Es más, parece que con el Real Decreto Ley se intenta cohesionar y coordinar los sistemas autonómicos de salud y corregir lo que la norma denomina "situaciones de desigualdad en las prestaciones" cuando estas son consustanciales a un modelo de Estado descentralizado. Las medidas adoptadas van más allá de lo que es la mera situación económica urgente para afrontar una revisión del modelo de descentralización sanitaria vigente. Si esta es la finalidad, resulta obvio que no es el instrumento más idóneo porque para estos fines resulta muy complicado apreciar la nota de imprevisibilidad y de extraordinaria y urgente necesidad que lo legitima. Así ha sucedido, por ejemplo, con la *Red Española de Agencias de Evaluación de Tecnologías Sanitarias y Prestaciones del Sistema Nacional de Salud*. Aunque el Real Decreto Ley modificó los artículos 20 y 21 de la Ley 16/2003, de cohesión y calidad del SNS para su creación, hasta un año y medio después no se ha formalizado la constitución del Consejo de la mencionada Red (la Orden SSI/1833/2013, de 2 de octubre se publicó el día 11 de octubre de 2013).

En otras ocasiones, se utiliza para establecer medidas, como se reconoce expresamente en el punto VI de su Exposición de Motivos, "destinadas a corregir determinadas situaciones estructurales en relación con los recursos humanos, verdaderos activos del SNS". Así, cabría plantearse si es realmente necesario regular a través de un Real Decreto Ley las medidas para definir "homogéneamente" para todo el SNS las categorías profesionales y el sistema de equivalencia, los criterios generales reguladores del sistema retributivo o de la acción social, las áreas de capacitación específica, la formación de especialistas, la resolución de las solicitudes de acreditación de centros docentes, así como su auditoría y evaluación, o la creación misma de un Registro Estatal de Profesionales Sanitarios o la obligación de determinados cuerpos funcionariales de integrarse como personal estatutario. Todo ello, a mi juicio, constituye un exceso y un uso abusivo de la figura excepcional que debe ser el Real Decreto Ley.