

Exclusión de los extranjeros en situación irregular del acceso gratuito al Sistema público de salud en España. Sentencia 139/2016 del Tribunal Constitucional

Nuria Sangüesa Ruiz*

THE EXCLUSION OF IRREGULAR IMMIGRANTS FROM FREE ACCESS TO PUBLIC HEALTHCARE IN SPAIN. DECISION N. 139/2016 OF THE SPANISH CONSTITUTIONAL TRIBUNAL

ABSTRACT: The Sentence solves one of the numerous appeals of unconstitutionality presented in front of the *RD-ley 16/2012*, endorsing the exclusion of foreigners in an irregular situation of free access to the health care system. Justification of the measure is one of the keys of the argumentation. In this case, the limitation of a social right (access to health care) lies on considerations related to budgetary stability and sustainability of public services. In this scenario, the issue of efficiency and effectiveness becomes relevant, in close connection with the principle of proportionality.

KEYWORDS: Access to health care; Constitutional rights; Rights of foreigners; Right to healthcare

SOMMARIO: 1. Antecedentes – 2. La STC 139/2016 – 3. Conformidad con el art. 86.1 CE – 4. Conformidad con el art. 43 CE – 5. A modo de conclusión.

1. Antecedentes

En abril de 2012, se aprobó en España el *Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones* (RD-ley 16/2012), que supuso una importante reforma del Sistema Nacional de Salud español (SNS).

La reforma planteaba varios problemas de orden jurídico-constitucional: 1) problema competencial: delimitación de las competencias estatales y autonómicas en materia de asistencia sanitaria; 2) problema del sistema de fuentes: rango de Real Decreto-ley (RD-ley), a la vista de los límites impuestos por la Constitución española (CE); y 3) capacidad constitucional del legislador en la definición del ámbito subjetivo del derecho de acceso a la asistencia sanitaria, así como en su regulación¹. Estas cuestiones se plantearon ante el Tribunal Constitucional (TC) en procesos diferentes².

* Investigadora, Proyecto de I+D+i DER 2014-52817-P, Universidad de la Rioja. Mail: nuria.sanguesa@unirioja.es. Comentario evaluado positivamente por dos expertos externos.

¹ En relación con el RD-ley 16/2012 y algunas de las cuestiones jurídico-constitucionales que plantea, cfr. L. DELGADO DEL RINCÓN, *El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la*

La STC 139/2016 que provoca estas consideraciones, dictada en julio de 2016, resuelve uno de los citados recursos de inconstitucionalidad, el presentado por el Parlamento de Navarra.

Una de las medidas incorporadas en el RD-ley y sobre la que se pronuncia el Tribunal, es la exclusión de los extranjeros en situación irregular del acceso gratuito a la asistencia sanitaria pública. Este es el asunto que nos ocupará especialmente³.

Con anterioridad, todos los extranjeros empadronados en España, con independencia de su situación administrativa, gozaban del derecho a la asistencia sanitaria «en las mismas condiciones que los españoles» [art. 12.1 de la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (LOEx)]⁴. Podían acceder en condiciones de igualdad a todas las prestaciones sanitarias del SNS sin ningún tipo de pago o copago. El RD-ley 16/2012 ha modificado varias previsiones legales con el resultado de denegar a los extranjeros residentes en situación irregular el acceso gratuito a la asistencia sanitaria pública⁵.

Se exceptuaron situaciones especiales en que aquéllos podrían acceder gratuitamente a “determinadas modalidades” de asistencia sanitaria: asistencia al embarazo, parto y posparto; urgencia por enfermedad grave o accidentes. Además, todos los extranjeros menores de 18 años recibirían asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles⁶.

reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, en REDP, 163, 2014, 189-231; del mismo autor, El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes en situación administrativa irregular: la exclusión de la condición de asegurado por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, en F.J. MATÍA PORTILLA, I. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ (coords.), Crisis e inmigración: reflexiones interdisciplinarias sobre la inmigración en España, Valencia, 2012, 197-253; y Globalización y extranjería. A propósito de la integración social de los inmigrantes a través de los derechos de acceso a la educación y a la sanidad, en F. REVIRIEGO PICÓN (coord.), Constitución y globalización. Transformaciones del Estado constitucional, Zaragoza, 2013, 201-246; V. AGUADO I CUDOLÀ, R. PRADO PÉREZ, Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del estado del bienestar, en RVAP, 99-100, 2014, 87-110; I. SOBRINO GUIJARRO, Inmigrantes irregulares y el derecho a la protección de la salud: análisis de la reforma sanitaria en España, en Lex Social-Revista de los Derechos Sociales, 2, 2013, 127-158. Sobre la STC 139/2016, D. MOYA, El acceso de los extranjeros irregulares al sistema de salud tras la STC 139/2016 https://www.academia.edu/28385772/El_acceso_de_los_extranjeros_irregulares_al_sistema_de_salud_tras_la_STC_139_2016 (último acceso 04/01/2017).

² Recursos de inconstitucionalidad 4123-2012, BOE nº 176 de 24-07-2012 (interpuesto por el Parlamento de Navarra); 4530-2012, BOE nº 228 de 21-09-2012 (Principado de Asturias); 4285-2012, BOE nº 228, de 21-09-2012 (Gobierno de la Junta de Andalucía); 414-2013, BOE nº 46 de 22-02-2013; 419-2013, BOE nº 46, de 22-02-2013 (Gobierno Vasco); 433-2013, BOE nº 46 de 22-02-2013 (Gobierno de Canarias).

³ Algunas consideraciones complementarias sobre esta problemática en N. SANGÜESA RUIZ, *El derecho a la salud de los extranjeros en situación irregular: sobre la legitimidad constitucional del RD-Ley 16/2012*, en REDUR, 13, 2015, 233-248.

⁴ El Padrón municipal es el registro administrativo donde constan los vecinos de cada municipio. Sus datos constituyen prueba de residencia y del domicilio habitual. Toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el Padrón del municipio en que reside habitualmente. La regularidad o irregularidad de la estancia del extranjero es irrelevante a efectos de dicha inscripción.

⁵ La norma introduce en la regulación del SNS la figura del “asegurado”, de manera que la asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos se garantizará a las personas que ostenten tal condición (art. 3 de la *Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud*, según queda redactada por el RD-ley 16/2012). Los extranjeros en situación irregular no pueden acceder a la situación de asegurado, según la subsiguiente regulación sobre los modos de acceso a tal condición.

⁶ Art. 3ter de la *Ley 16/2003*, según queda redactada por RD-ley 16/2012.

La medida fue, ya antes de su aprobación, objeto de críticas provenientes de distintos sectores⁷. Como se ha adelantado, el RD-ley fue objeto de diversos recursos de inconstitucionalidad.

Los argumentos en que se ha basado la oposición al RD-ley han sido de muy diversa índole. Encontramos argumentos relacionados con la legalidad internacional: legitimidad de la medida desde el punto de vista de los instrumentos internacionales de derechos humanos. En otros casos se fundamenta el rechazo de la medida en su supuesta inconstitucionalidad: desde el punto de vista competencial, desde el recurso a la legislación de urgencia, o desde su ajuste al sistema constitucional de derechos fundamentales y principios rectores.

En fin, ha recibido críticas contundentes sobre su efectividad y capacidad para cumplir los objetivos pretendidos. En esta línea se ha advertido de su ineficiencia económica: diversos estudios consideran que prestar servicios sólo de urgencia a las personas inmigrantes sin permiso de residencia resulta más costoso, a largo plazo, que proporcionar una atención primaria universal⁸. Cabe destacar a este respecto que el propio Tribunal Constitucional español (TC) se hizo eco de este aspecto (AATC 239/2012/5 y 114/2014/6), como se verá.

Las críticas, por otra parte, no se han limitado a la regulación establecida, sino también a su aplicación por las diferentes administraciones españolas. Diversas organizaciones sociales y actores institucionales (como el Defensor del Pueblo) han denunciado vulneraciones del propio RD-ley, identificando casos en que se ha denegado el acceso a extranjeros en vulneración de dicha norma, y lamentando la inseguridad jurídica producida por la dispersión normativa y la desorganización administrativa⁹.

La aplicación por las Comunidades Autónomas (CCAA) ha sido muy dispar. Algunas lo aplicaron plenamente. Otras elaboraron normas proporcionando acceso a la asistencia sanitaria a personas excluidas de la condición de asegurado a nivel estatal. Y algunas llevaron a cabo actuaciones a nivel administrativo para proporcionar, a todas o algunas de estas personas, atención sanitaria no incluida en el RD-ley. El mapa ha ido variando a lo largo de la vigencia de la norma. En muchas ocasiones, las CCAA no han impartido instrucciones claras acerca del funcionamiento de los servicios sanitarios autonómicos a este respecto. Las normativas internas suelen resultar oscuras.

⁷ En el contexto de los llamados movimientos sociales, surgieron iniciativas ciudadanas de acompañamiento a personas afectadas por la medida e incluso de “objeción de conciencia” del personal sanitario y administrativo de los servicios sanitarios del SNS <http://yosisanidaduniversal.net/portada.php> (último acceso 04/01/2017).

⁸ Recientemente, la Agencia Europea de los Derechos Fundamentales ha publicado un informe en este sentido, *FRA European Union Agency for Fundamental Rights, Cost of exclusion from healthcare. The case of migrants in an irregular situation*, Luxemburgo, 2015, <http://fra.europa.eu/en/publication/2015/cost-exclusion-healthcare-case-migrants-irregular-situation> (último acceso 04/01/2017).

En la misma línea la Red de Denuncia y Resistencia al RDL 16/2012 (REDER), *Informe: Radiografía de la reforma sanitaria. La universalidad de la exclusión*, septiembre de 2015, 14-15, en el que se citan informes al respecto http://www.medicosdelmundo.org/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_INF_REDER_v4_%282%29-min_b5ea042b%232E%23pdf (último acceso 04/01/2017).

⁹ *Las urgencias hospitalarias en el Sistema Nacional de Salud: derechos y garantías de los pacientes. Estudio conjunto de los Defensores del Pueblo*, Madrid, enero de 2015, 44-49, <https://www.defensordelpueblo.es/informe-monografico/las-urgencias-hospitalarias-en-el-sistema-nacional-de-salud-derechos-y-garantias-de-los-pacientes-estudio-conjunto-de-los-defensores-del-pueblo-enero-2015/> (último acceso 04/01/2017); *Informe anual 2014 y debates en las Cortes Generales*, Madrid, 2015 <https://www.defensordelpueblo.es/informe-anual/informe-anual-2014/> (último acceso 04/01/2017), 297 y ss. También Red de Denuncia y Resistencia al RDL 16/2012 (REDER), *cit.*

Como se ha indicado, algunas CCAA elaboraron normativas autonómicas reconociendo a los extranjeros en situación irregular el acceso a sus sistemas de salud en las mismas condiciones que a sus ciudadanos. Es el caso del País Vasco, Navarra, y –posteriormente- la Comunidad Valenciana¹⁰.

Las normas vasca, navarra y valenciana aludidas fueron objeto de sendos recursos de inconstitucionalidad, presentados por el Gobierno de la Nación. Dichos recursos, aún no resueltos, se fundan en la violación del sistema constitucional de competencias.

En los tres supuestos, el Gobierno invocó los arts. 161.2 CE y 30 LOTC con el objeto de suspender la vigencia de la norma autonómica, que en estos se casos se produce automáticamente. Y en todos ellos, el TC se ha visto obligado a pronunciarse posteriormente acerca del mantenimiento o levantamiento de la suspensión, levantándola en lo relativo al acceso de los extranjeros irregulares a la asistencia sanitaria (AATC 239/2012, relativo al caso vasco; 114/2014, supuesto navarro; y 54/2016, caso valenciano).

Es necesario evitar la tentación de considerar, sin más, que los argumentos contenidos en estas resoluciones suponen una suerte de “adelanto” acerca de la decisión en los recursos de inconstitucionalidad frente al RD-ley 16/2012. Más aún, como veremos, a la vista de la resolución del recurso de inconstitucionalidad del Parlamento de Navarra en la STC 139/2016.

En ellos, el TC ponderó, de un lado, «el interés general configurado por el beneficio económico asociado al ahorro vinculado a las medidas adoptadas por el Estado al redefinir el ámbito de los beneficiarios del sistema público de salud», y de otro «el interés general de preservar el derecho a la salud consagrado en el art. 43 CE», teniendo en cuenta que el derecho a la salud tiene una importante proyección individual y la vinculación entre este derecho y los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física (AATC 239/2012/5; 114/2014/6, 7 y 8; 54/2016/5). En todos los casos, levantó la suspensión, considerando que los perjuicios económicos que se producirían, además de no resultar probados, serían de menor entidad que los posibles daños a la salud pública y a la individual de los afectados por la medida.

Hay que tener muy en cuenta que esa ponderación tuvo lugar en el marco de un tipo de incidente procesal específico. Los argumentos del TC, por tanto, no pueden utilizarse sin más para fundamentar una posible inconstitucionalidad del RD-ley 16/2012. El TC se pronunciaba aquí acerca de un incidente procesal. Afirmar que en esa situación de hecho se pueden producir perjuicios de difícil o imposible reparación para el derecho a la salud de los extranjeros en situación irregular y para la salud pública no equivalía a afirmar la inconstitucionalidad del RD-ley. De igual modo, la ponderación realizada para dirimir este incidente no tenía por qué coincidir con la realizada al decidir sobre la constitucionalidad de la medida, como enseguida se verá.

¹⁰ Decreto 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; Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra; y Decreto-ley del Consell de la Generalitat Valenciana 3/2015, de 24 de julio, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana.

2. La STC 139/2016.

En STC 139/2016 el Tribunal resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento de Navarra frente al RD-ley 16/2012.

Nuestro análisis se limita a las consideraciones relacionadas con el acceso gratuito (con cargo a fondos públicos) de los extranjeros en situación irregular a las prestaciones del SNS, aunque la STC también aborda -congruentemente con el planteamiento del recurso- otras cuestiones: la alegada afectación del derecho a la protección de datos o determinados problemas competenciales.

En lo relacionado con la asistencia sanitaria de los extranjeros en situación irregular, la controversia constitucional se articula por el recurrente en base a distintas cuestiones conectadas entre sí. Por un lado, los problemas relacionados con el mecanismo formal de aprobación de la norma: el Decreto-ley. El recurrente alegó la vulneración del art. 86.1 CE, norma que prevé los límites materiales y formales de este tipo de normas. Por otro, los problemas relacionados con la vulneración del art. 43 CE (protección de la salud), en conexión con otros preceptos constitucionales.

La cuestión de la justificación de la medida – desde el punto de vista de su adecuación constitucional – aparece como una de las claves de la resolución del recurso, tal y como queda planteado en las argumentaciones del recurrente y del Abogado del Estado (que defiende la legitimidad constitucional de la norma), y a la vista de los razonamientos expuestos en la Sentencia y sus Votos Particulares (VVPP). Ello tanto desde el punto de vista de la conformidad constitucional con el art. 86.1 CE como desde el respeto del art. 43 CE y de los derechos fundamentales. La cuestión de los límites del decreto-ley se aproxima así –en cierta medida- a la del respeto del art. 43 CE.

La Sentencia desestima el recurso casi en su totalidad. Únicamente declara inconstitucional y nula la remisión a norma reglamentaria de la concreción o fijación cuantitativa del umbral económico que garantiza la gratuidad o bonificación de las prestaciones sanitarias en determinados casos. Una nulidad que se funda en la vulneración de la reserva de ley establecida en el art. 43.2 CE. El TC rechaza el resto de impugnaciones contenidas en la demanda.

Merece la pena destacar los dos votos particulares discrepantes añadidos a la Sentencia. El primero de ellos, formulado por Fernando Valdés Dal-Ré y al que se adhiere Adela Asúa Batarrita, El segundo, formulado por Juan Antonio Xiol Ríos, comparte parcialmente los razonamientos expuestos en el primero.

3. Conformidad con el art. 86.1 CE.

El recurso cuestiona la conformidad del RD-ley 16/2012 con el art. 86.1 CE, precepto que habilita al Gobierno para dictar normas con rango de ley en casos de extraordinaria y urgente necesidad (de carácter provisional y que deben ser después convalidadas por el Congreso de los Diputados o tramitadas como Proyecto de ley por el procedimiento de urgencia) determinando los presupuestos y límites de dicha potestad¹¹.

¹¹ Art. 86.1 CE: «En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de

La tacha de inconstitucionalidad se fundamenta en dos extremos. Por un lado, se pone en duda la concurrencia del supuesto habilitante (ausencia de supuesto habilitante) que apodera al Gobierno para dictar normas de este tipo: situación de extraordinaria y urgente necesidad. Por otro, se alega la vulneración de los límites materiales de este tipo de normas, por afectar al derecho a la protección de la salud del art. 43 CE.

a) Supuesto habilitante.

En relación con el supuesto habilitante, el TC parte del resumen de su doctrina en la materia (FJ 2). La concurrencia de una «situación de extraordinaria y urgente necesidad» es un juicio que corresponde en principio al Gobierno y al Congreso: el TC sólo debe controlar que éste no desborde los límites de lo manifiestamente razonable. Para permitir este control constitucional, la definición por los órganos políticos de una situación de extraordinaria y urgente necesidad debe ser «explícita y razonada».

El Tribunal debe comprobar la existencia de una «conexión de sentido» o «relación de adecuación» entre la situación definida (presupuesto habilitante) y las medidas concretas que se adoptan en la norma. De acuerdo con doctrina jurisprudencial asentada, se requiere un doble criterio para valorar la existencia de esa conexión: debe analizarse tanto el contenido como la estructura de las disposiciones de la norma controvertida. Así, se entiende que carecen del requisito tanto las que, por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna –ni directa ni indirecta– con la situación que se pretende afrontar, como aquellas que por su estructura no modifican *de manera instantánea* la situación jurídica¹².

Además de examinar el propio RD-ley, el Tribunal puede analizar otras fuentes de conocimiento, entre las que cita: exposición de motivos de la norma, debate parlamentario de convalidación y expediente de elaboración de la norma¹³.

Según la Sentencia, la exposición de motivos y el debate parlamentario de convalidación permiten inferir que el Gobierno ha cumplido con dichas exigencias.

En cuanto a la explicitación del supuesto habilitante se ha ofrecido, dice el TC, una justificación general, basada en la existencia de una situación de grave dificultad económica sin precedentes desde la creación del SNS. Las reformas tratarían de hacer frente a esta situación excepcional actuando para impedir que la situación económica del SNS se vuelva irreversible [FJ 5.a)].

En relación con la conexión de sentido entre la situación definida (grave dificultad económica del SNS) y las medidas adoptadas (delimitación del ámbito subjetivo del derecho de acceso gratuito o bonificado a la totalidad de las prestaciones sanitarias que excluye, entre otros, a los extranjeros en situación de irregularidad administrativa) el TC entiende que la nueva concepción de asegurado y beneficiario acredita coherencia y congruencia en relación con los problemas que se pretende solucionar. Así, afirma: «existe conexión de sentido entre la situación de urgencia, derivada de las dificultades por las que atraviesa el sistema sanitario público, y la medida adoptada, en cuanto que persigue la reducción de los gastos que se financian con cargo a dicho sistema y se relaciona, por tanto, con su sostenibilidad» [FJ 5.b)].

las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general».

¹² STC 29/2016/2, con cita de otras. Énfasis añadido.

¹³ SSTC 29/1982/4, 182/1997/4, 11/2002/4, 137/2003/3.

Desde nuestro punto de vista, y como se hace constar en los VVPP discrepantes a la Sentencia, el razonamiento del Tribunal no se encuentra exento de problemas. El Tribunal expone una situación en que el supuesto habilitante, la situación de extraordinaria o urgente necesidad, viene determinada por las dificultades económicas del SNS; mientras que la medida adoptada es la delimitación del ámbito subjetivo del derecho a la atención sanitaria financiada con cargo a fondos públicos. La conexión de sentido se encuentra en la afirmación de que tal delimitación permite ahorrar costes, reducir gastos e incrementar la eficiencia del sistema. Para fundamentar tal afirmación, se resumen y citan los argumentos del Gobierno. Pero la argumentación resulta problemática, tal y como acertadamente se pone de manifiesto en los VVPP discrepantes a la Sentencia.

El VP de Valdés Dal-Rè critica la argumentación¹⁴, partiendo de que en la impugnación parcial de un RD-ley, el control constitucional debe ser congruente con los preceptos objeto de censura: no puede dar por buenas las argumentaciones globales. En opinión de los firmantes del Voto, la STC no cumple dichas exigencias: intenta justificar la relación de congruencia basándose en las motivaciones genéricas para la reforma del SNS formuladas en la exposición de motivos de la norma, en el debate parlamentario de convalidación y en la memoria elaborada para la aprobación de la norma («fuentes de conocimiento»).

En su opinión, ninguno de los argumentos recogidos – crisis económica, aplicación del derecho comunitario y recomendaciones del Tribunal de Cuentas – ofrece razones concretas para justificar los preceptos impugnados. En relación con las dificultades económicas y la necesidad de racionalizar los costes, las fuentes de conocimiento no ofrecen estimación o explicación (ni siquiera general) del impacto y cuantía de la reducción de gasto imputable a la medida, ni del modo en que podría garantizarse a su través la solvencia del sistema sanitario. El ahorro económico, en definitiva, no aparece concretado. En cuanto a la coordinación del sistema español con el derecho comunitario, según el VP, su aplicación no es predicable ni de los españoles mayores de 26 años ni de los extranjeros no comunitarios.

Estamos de acuerdo en este punto con lo expresado en el VP. En nuestra opinión, el nodo problemático del razonamiento del Tribunal se encuentra en que, atendiendo a la exposición de motivos del RD-ley 16/2012 y del RD 1192/2012 (reglamento de desarrollo de la normativa impugnada), la nueva regulación de la condición de asegurado se justifica en una serie de situaciones que tienen que ver, básicamente, con la asistencia sanitaria a ciudadanos de Estados Miembros de la UE y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Ello se deduce de las referencias normativas¹⁵, de la remisión a un dictamen motivado de la Comisión Europea (emisión de

¹⁴ Como señala el mismo firmante, el VP debe entenderse en el contexto de una serie de VVPP discrepantes a diferentes Sentencias, emitidos por el mismo magistrado en materia del control constitucional de los requisitos que facultan al poder ejecutivo para dictar RD-leyes. El VP hace referencia a los emitidos a las SSTC 170/2012, 233/2012, 199/2014, 12/2015, 43/2012.

¹⁵ El punto III de la exposición de motivos del RD-ley 16/2012 hace referencia al *Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social*, y a su reglamento de aplicación, el *Reglamento (CE) nº 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación*. Asimismo, se refiere a la falta de transposición literal del art. 7 de la *Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de*

tarjeta sanitaria europea)¹⁶, y del informe del Tribunal de Cuentas en el que se justifican las medidas¹⁷.

De una lectura conjunta de las referencias contenidas en la justificación de las normas, así como de posteriores declaraciones, en diferentes sedes, por parte de distintos representantes del Gobierno, parece deducirse que uno de los principales problemas que se quieren resolver tiene que ver con situaciones creadas por el derecho de la UE. Se intentaría evitar que determinados ciudadanos comunitarios accedieran a la condición de asegurados, lo que de acuerdo con la normativa europea les otorgaría derechos como el acceso a la tarjeta sanitaria europea o el derecho al reembolso de las prestaciones de asistencia sanitaria disfrutadas en otros estados de la UE¹⁸. Tal objetivo se alcanzaría mediante la denegación de la condición de asegurado a cualquier persona no autorizada a residir en España (caso de nacionales de terceros Estados) o registrada como residente (caso de ciudadanos de Estados Miembro de la UE y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo). La situación en que quedan los nacionales de terceros Estados afectados por la medida aparece como una especie de «efecto colateral» de la misma, que poco tiene que ver con sus objetivos declarados, si atendemos a las justificaciones proporcionadas por los responsables de su puesta en

29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

¹⁶ *Dictamen motivado de la Comisión Europea 2009/2341 dirigido al Reino de España por su negativa a expedir la tarjeta sanitaria europea a personas residentes en España con derecho a recibir asistencia sanitaria con arreglo a la normativa de algunas comunidades autónomas.*

¹⁷ Aunque en el preámbulo del RD-ley 16/2012 no se especifica la referencia exacta del informe del Tribunal de Cuentas a que se remite, se trata del *Informe de fiscalización de la Gestión de las Prestaciones de Asistencia Sanitaria derivadas de la aplicación de los Reglamentos Comunitarios y Convenios Internacionales de la Seguridad Social* aprobado por el pleno del Tribunal de Cuentas el 29 de marzo de 2012.

¹⁸ El marco normativo de la Unión a este respecto había consistido hasta hace poco en un conjunto relativamente complejo de piezas normativas de carácter general: el impulsor de los derechos de los ciudadanos europeos en la materia ha sido el TJUE, que empezó a introducirse en la materia ante la necesidad de interpretar los Reglamentos de coordinación en materia de Seguridad social. En la actualidad, la cuestión se encuentra regulada principalmente por la *Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza*, que recoge y sistematiza normas ya existentes, introduciendo también nuevas regulaciones, traspuesta al derecho español mediante *Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza, y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y órdenes de dispensación*. De acuerdo con el art. 5 del RD 81/2014, y en cumplimiento de la normativa europea, los gastos derivados de la asistencia sanitaria prestada en un estado miembro a un paciente cuyo estado de afiliación sea España serán reembolsados de acuerdo con determinados requisitos y condiciones previstos en la propia norma. La posibilidad de que España se viese obligada a reembolsar gastos de ciudadanos comunitarios que hubieran obtenido la tarjeta sanitaria en España sin residir aquí es, aparentemente, el principal problema que pretende solventarse con la reducción del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria. En materia de asistencia sanitaria transfronteriza en el ámbito de la UE, J. GARCÍA MURCIA, I. RODRÍGUEZ CARDO, *Asistencia sanitaria transfronteriza en el ámbito de la Unión Europea: de la Seguridad social de trabajadores migrantes a una regulación específica*, en *Foro, Nueva época*, 17:1, 2014, 309-329; L. BUSATTA, *La cittadinanza della salute nell'Unione Europea: il fenomeno della mobilità transfrontaliera dei pazienti, dalla libera circolazione alla dimensione relazionale dei diritti*, en *DPCE on line*, 3, 2015.

marcha¹⁹. La asistencia sanitaria a los extranjeros no comunitarios no planteaba problemas desde el punto de vista de las situaciones creadas por el Derecho de la UE. Desde este punto de vista, concordamos con la opinión expresada por el Magistrado Xiol Ríos en su VP.

Dicho Magistrado se pronuncia en el siguiente sentido: para apreciar la conexión de sentido entre la medida adoptada y la situación de urgencia que, según se deduce de las fuentes de conocimiento, la justifica –evitar el llamado “turismo sanitario” y que el SNS tenga que asumir el coste de la asistencia sanitaria de personas que ya la tienen cubierta en sus países de origen– sería preciso que mediante la nueva regulación pudiera solventarse alguno de esos problemas. Sin embargo, la medida no es adecuada para resolverlos, puesto que la asistencia sanitaria a los colectivos ahora excluidos no planteaba ninguna de esas cuestiones.

b) Vulneración de los límites materiales del RD-ley: derecho a la protección de la salud del art. 43 CE. El art. 86.1 CE prohíbe que mediante RD-ley, se vean “afectados” los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la CE.

Hay que tener en cuenta, antes que nada, la ubicación sistemática del derecho a la salud en la CE. Su art. 43 establece: «1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud; 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto; 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio».

Este artículo se encuentra dentro del Capítulo III del Título I de la CE (*De los principios rectores de la política social y económica*). De acuerdo con lo establecido en el art. 53 CE, los contenidos de dicho capítulo no se configuran en la CE como derechos fundamentales en sentido jurídico²⁰. El artículo 43 CE no contiene derechos fundamentales, porque se encomienda al legislador la configuración jurídica de su contenido, y porque el individuo sólo puede alegarlo en los términos dispuestos en la ley, todo ello de acuerdo al citado artículo 53 CE²¹.

¹⁹ Declaraciones de la entonces Ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en el debate de convalidación en el Congreso de los Diputados del RD-ley 16/2012. *DS. Congreso de los Diputados, Pleno y Dip. Perm.*, nº 31, de 17/05/2012, 57-58, 62-63. Alegaciones del Abogado del Estado recogidas en punto 7 de los antecedentes del ATC 114/2014 (especialmente, punto b) de los mismos). Declaraciones del Secretario general de sanidad y consumo en comparecencia ante la Comisión de Sanidad y Servicios Sociales. *DS. Congreso de los Diputados, Comisiones*, nº 888, de 20/08/2015, 54-56.

²⁰ F. BASTIDA FREIJEDO, *¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos*, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, Madrid, 2008, 103-149; F. BASTIDA FREIJEDO Y OTROS, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española*, Madrid, 2004. En el mismo sentido, entre otros, L.M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, Cizur Menor (Navarra), 2008; F. RUBIO LLORENTE, *Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho*, en *Fundamentos*, 4, 2006, 203-233; J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, Valladolid, 1999; P. CRUZ VILLALÓN, *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, en *REDC*, 25, 1989.

²¹ Como es sabido, en el constitucionalismo democrático contemporáneo, como consecuencia del carácter normativo y supremo de la constitución, los derechos fundamentales se caracterizan por: 1) su indisponibilidad por el legislador; y 2) su potencial disponibilidad inmediata por sus titulares. Sólo son derechos fundamentales aquellos a los que la norma constitucional asigna dichas características. En el caso de la CE, en virtud de lo

Lo anterior no significa, como se verá, que el artículo 43 CE carezca de eficacia jurídica, ni que el derecho a la protección de la salud y el derecho a la asistencia sanitaria no se encuentren protegidos en nuestro sistema constitucional. En lo que ahora nos interesa, hay que tener en cuenta la intensa vinculación de algunos contenidos del artículo 43 CE con otros preceptos constitucionales que recogen derechos fundamentales, como es el caso del derecho a la vida y el derecho a la integridad física del artículo 15 CE. El TC se ha referido en repetidas ocasiones a la vinculación entre salud y derechos fundamentales del artículo 15 CE²². Resulta especialmente relevante que algunas de esas referencias hayan tenido lugar en los autos – vistos *supra* – sobre el levantamiento de la suspensión de las normas vasca, navarra y valenciana que extienden a los extranjeros irregulares el derecho de acceso a la asistencia sanitaria en su respectivo ámbito territorial²³. Todo ello, como veremos, resulta de extrema importancia para el análisis de la argumentación de la Sentencia, tanto en este punto como en el relativo a la alegada vulneración del contenido del art. 43 CE.

En relación con la ruptura de los límites materiales del RD-ley, el recurrente considera que resultan vulnerados porque la norma altera sustancialmente la posición de los ciudadanos en relación con el derecho a la protección de la salud del art. 43 CE, al convertir un sistema universalista de acceso a la asistencia sanitaria pública en un sistema de aseguramiento; y al modificar el régimen de protección de la salud del que disfrutaban los inmigrantes. Estos aspectos constituyen elementos esenciales del derecho a las prestaciones sanitarias públicas a que se refiere el art. 43.2 CE, y por tanto ninguno de ellos puede ser regulado mediante RD-ley.

Frente a ésta argumentación, el Abogado del Estado, defendiendo la constitucionalidad de la norma, afirma que la reforma no afecta al derecho a la salud del art. 43 CE. En la configuración del derecho a la protección de la salud en la CE, el legislador ordinario tiene una gran libertad de configuración (puesto que el art. 43 CE no configura un derecho subjetivo para los ciudadanos, dada su condición de principio rector). Por eso «resulta clar[a]», en su opinión, la no vulneración de los límites materiales del Decreto-ley: 1) la norma no regula el régimen general del derecho a la salud, modificando un elemento puntual del mismo, relativo a los requisitos de acceso; 2) no contraviene el contenido esencial del principio rector, dado el amplísimo margen de configuración del legislador ordinario, sólo limitado constitucionalmente por la proscripción general de la arbitrariedad y la discriminación.

establecido en el art. 53 CE, serán derechos fundamentales sólo los recogidos en el Capítulo II del Título Primero, y no los establecidos en el Capítulo III del mismo Título u otros preceptos de la CE.

²² De acuerdo con la jurisprudencia sentada en SSTC 35/1996/3, 119/2001/6, 5/2002/4, vulneran el artículo 15 CE los supuestos de riesgo o daño para la salud que generen un *peligro grave y cierto* para la integridad personal. También se vinculan salud y artículo 15 en las SSTC 48/1996 y 62/2007. Un análisis de esta jurisprudencia en M^o DÍEZ CREGO, *El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales*, en *Lex Social-Revista de los Derechos Sociales*, 1, 2012, 22 y ss. Acerca de la vinculación entre el art. 43 CE y el derecho a la integridad física, M. LEÓN ALONSO, *La protección constitucional de la salud en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho*, Salamanca, 2009.

²³ AATC 239/2012/5 y 114/2014/8: «Si, además del mandato constitucional, se tiene en cuenta, como ya lo ha hecho este Tribunal, la vinculación entre el principio rector del art. 43 CE y el art. 15 CE que recoge el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral, en el sentido de lo reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todos asunto VO c. Francia de 8 de julio de 2004), 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».

De manera que la controversia constitucional, en lo atinente a este punto, parece sustanciarse en torno al contenido “inafectable” por RD-ley del derecho a la protección de la salud del art. 43 CE. Sin embargo, el Tribunal no considera necesario pronunciarse al respecto.

Afirma el TC que, atendiendo a su ubicación sistemática, el art. 43 CE se configura como un principio rector, «razón por la que carece de contenido constitucionalmente esencial que pueda ser afectado por la legislación de urgencia». Según el Tribunal, debe partirse de que el art. 43 no ostenta las características de derecho cuya regulación por Decreto-ley impide el art. 86.1 CE. Así, «la denuncia de afectación del art. 43 que se reprocha [...] no puede ser estimada en razón de la naturaleza de principio rector del referido precepto constitucional» [FJ.6, 3º b)].

Este modo de razonar, como se verá, resulta especialmente problemático si se tiene en cuenta la naturaleza del derecho a la salud. Tanto en la CE como en otras constituciones de nuestro entorno, se trata de un derecho que, además de tener un claro contenido prestacional, se relaciona muy estrechamente con derechos tan básicos como el derecho a la vida o a la integridad física y psíquica. Valdés Dal-Ré, con cuya opinión a este respecto concordamos, y en conexión con la especial naturaleza del derecho a la salud, opone varios argumentos frente al modo de resolver la cuestión en la Sentencia.

En primer lugar, considera que aquélla reinterpreta doctrina constitucional anterior sin anunciar el cambio ni justificarlo: ninguna resolución previa del TC había excluido a los principios rectores de la cláusula de no afectación. Ello supone, en su opinión, desconocer: 1) la indivisibilidad de los derechos, y 2) lo que es más importante, la conexión e instrumentalidad de determinados derechos o principios constitucionales “no fundamentales” respecto de otros que sí lo son por su ubicación en la CE.

En este punto, el VP construye una interesante argumentación. Partiendo de la definición del derecho a la salud como «derecho prestacional de configuración legal» que realiza la propia decisión, elabora un paralelismo con la doctrina constitucional sobre asistencia jurídica gratuita y derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, que considera «aplicable de manera paradigmática» al derecho a la salud²⁴. El derecho a la salud se encuentra conectado a los derechos a la vida y a la integridad física mediante una relación de instrumentalidad.

El VP hace descansar dicha conexión, entre otros extremos, en los AATC 239/2012/5, 114/2014/8 y 54/2016/5 (citados reiteradamente *supra*, en que el TC resolvió sobre la suspensión de normas autonómicas de atención sanitaria a inmigrantes irregulares), así como en doctrina reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁵.

De esa conexión se infiere que la prohibición del art. 86.1 CE se proyecta al derecho a la protección de la salud del art. 43 CE. La cláusula de no afectación prohíbe la regulación mediante RD-ley de los elementos esenciales de los derechos. Mediante la reforma, en opinión de los firmantes, se afectan

²⁴ Según dicha doctrina, el derecho a la asistencia jurídica gratuita de quienes carecen de recursos para litigar (art. 119 CE), aunque no es fundamental, es instrumental del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, lo que limita la libertad de configuración del legislador, por ejemplo, a la hora de determinar su ámbito subjetivo (de acuerdo con las SSTC 95/2003/3 y 5; y 236/2007/13 resulta inconstitucional negar este derecho a los extranjeros en situación irregular).

²⁵ Entre otras, SSTEDH *Powell c. Reino Unido*, de 4 de mayo de 2000; y *Nitecki c. Polonia*, de 21 de marzo de 2002.

pilares estructurales y estructuradores del derecho a la salud, entre ellos el ámbito subjetivo de acceso a la asistencia sanitaria.

4. Conformidad con el art. 43 CE.

El segundo grupo de quejas tiene que ver con la compatibilidad de la medida con el derecho a la protección de la salud del art. 43 CE. Lo que se discute no es ya, como en las quejas anteriores, si el modo de producción formal de la norma es el adecuado, sino si el contenido mismo es compatible, desde un punto de vista material, con dicho precepto. Como hemos adelantado, las argumentaciones de las partes, del propio TC, y de los firmantes de los VVPP se entremezclan en cierta medida con las avanzadas en relación con la forma de producción de la norma.

La STC parte del reconocimiento de que la nueva regulación de la condición de asegurado supone un cambio en la política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada que venía produciéndose en España desde la creación del SNS.

La norma cuestionada, como admite el Tribunal, adopta un modelo sustentado en la conexión entre la cotización al sistema de la Seguridad Social y el derecho a recibir las correspondientes prestaciones sanitarias en condiciones de gratuidad y bonificación. Esto supone un importante giro en la política sanitaria española, que venía realizando una transición constante, iniciada a comienzos del periodo democrático e incluso con anterioridad, hacia la universalización de la asistencia sanitaria y la financiación vía impuestos del modelo.

Sin embargo, considera el Tribunal, el sólo hecho del cambio de criterio del legislador no afecta a la constitucionalidad de la medida (FJ 8). En contra de esta postura, el VP de Fernando Valdés (al que en este punto se adhiere el segundo de los VVPP) afirma que, puesto que se trata de una regulación regresiva en materia de derechos sociales, el TC debería haber realizado un esfuerzo de motivación para explicar las razones que la dotan de cobertura constitucional.

Por lo demás, el Tribunal afirma que el art. 43 CE supone un principio de universalidad del derecho a la salud que se asocia al acceso general y libre a las prestaciones sanitarias públicas, pero no implica la universalidad del acceso gratuito o bonificado a dichas prestaciones. Así, según la STC, que los poderes públicos deban organizar las prestaciones y servicios necesarios para garantizar la protección de la salud, no significa que estas prestaciones hayan de ser necesariamente gratuitas para todos sus destinatarios (FJ 8).

Como se pone de manifiesto – acertadamente, en nuestra opinión – en el VP de Valdés Dal-Ré, esta afirmación resulta problemática. La STC afirma que la condición de gratuidad no forma parte integrante del derecho, pero en opinión de los firmantes del VP, ello depende de una serie de parámetros que la STC no tiene en cuenta, que tienen que ver con la disponibilidad de medios económicos de quienes quedan excluidos del sistema.

En relación con la exclusión de los extranjeros irregulares, el TC parte de «la distinción tripartita en cuanto a la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España»²⁶. El

²⁶ De acuerdo con la cual existen: 1) derechos que, en tanto inherentes a la dignidad humana, corresponden por igual a españoles y extranjeros; 2) derechos, como los reconocidos en el art. 23 CE en relación con el art. 13.2 CE (entre ellos, sufragio activo y pasivo salvo determinadas excepciones en elecciones locales), que no

derecho a la protección de la salud sería un derecho de los que pertenecen o no a los extranjeros según dispongan los tratados y las leyes, siendo por ello admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio. Así, el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria será determinado y podrá ser limitado por las normas correspondientes, pudiendo el legislador tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España (FJ 10).

En relación con la conexión del derecho a la protección de la salud del art. 43 CE con los derechos fundamentales garantizados en el art. 15 CE (vida e integridad física), el Tribunal señala que de acuerdo con la nueva regulación se presta asistencia en casos urgentes de enfermedad grave y accidente. Esta norma, que preserva la asistencia en casos de peligro grave y cierto para la salud del afectado, atiende a situaciones de «mayor riesgo y de más intensa conexión» del derecho a la salud con la integridad física y conectaría «con el contenido mínimo que hace reconocible el mandato imperativo que los poderes públicos deben asegurar y prestar (art. 43 CE) en cualquier circunstancia a cualquier persona con el fin de preservar el derecho fundamental a la vida y a la integridad física contenido en el art. 15 CE» (FJ 10).

El TC concluye que «la norma examinada no responde a una opción arbitraria, sino a la preservación de bienes o intereses constitucionalmente protegidos, como el mantenimiento del sistema sanitario público, sin desconocer las posibilidades del sistema en un momento de intensas complicaciones económicas, observándose, en la distinción entre extranjeros con autorización de residencia y los que carecen de ella, la debida proporcionalidad y dando cumplimiento a las obligaciones internacionales en la materia» (FJ 10).

En nuestra opinión, llama la atención la parquedad de la argumentación. El Tribunal se limita a afirmar que la distinción es proporcional, una vez salvado el contenido mínimo del art. 43 CE en relación con los derechos a la vida e integridad física, sin entrar en detalle sobre: 1) la determinación concreta de los bienes o intereses constitucionalmente protegidos (se menciona el mantenimiento del sistema sanitario público, pero no se profundiza en ello); 2) tampoco se explica por qué la medida es idónea para conseguir los objetivos, o necesaria; 3) y no se profundiza en las razones que permiten considerarla proporcional.

El juicio de proporcionalidad es un componente esencial en el examen de la legitimidad de las limitaciones de derechos que afectan a extranjeros. La argumentación del Tribunal resulta, desde nuestro punto de vista, insatisfactoria en un caso como el presente, en que se ve afectado un derecho, la asistencia sanitaria, estrechamente conectado con posiciones jurídicas *iusfundamentales* directamente vinculadas a la garantía de la dignidad de la persona humana (que se inserta como

pertenecen en modo alguno a los extranjeros; 3) derechos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.

Esta “clasificación tripartita” de los derechos fundamentales de los extranjeros, formulada muy tempranamente en la jurisprudencia constitucional en la materia y a la que hacen referencia, casi indefectiblemente, al tratar este tema las doctrinas constitucional y científica españolas, no se encuentra exenta de críticas. Más allá de su adecuación o utilidad para enfrentar los problemas relacionados con la titularidad y ejercicio de derechos fundamentales por españoles, resulta discutible que las argumentaciones del Tribunal se apoyen realmente en dicha división de los derechos, muy problemática, en la resolución de las cuestiones constitucionales en la materia.

fundamento del orden político y de la paz social en el art. 10.1 CE) como son los derechos a la vida y a la integridad.

El VP de Fernando Valdés ahonda acertadamente en esta cuestión. En opinión de sus firmantes, la cuestión no es si el legislador puede imponer el pago de los servicios sanitarios públicos, sino si, una vez previsto un sistema universal y gratuito (o de altas bonificaciones) puede excluir a un colectivo determinado. Más exactamente, si esa exclusión puede basarse en el origen nacional o la condición administrativa, circunstancias sin conexión alguna con la capacidad económica, que «al menos a priori debería ser la condición determinante para exigir o no el pago de determinados servicios».

Para determinar si la exclusión de la asistencia sanitaria gratuita de los inmigrantes en situación irregular es compatible con el reconocimiento constitucional del derecho a la salud, admitiendo que se puedan introducir límites al ejercicio de los derechos por extranjeros, éstos deben estar previstos en la ley, ser necesarios en una sociedad democrática y proporcionales al fin que persiguen. Los límites a los derechos fundamentales de los extranjeros deben respetar el contenido esencial de los derechos y estar dirigidos a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos guardando adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida.

El VP considera que se cumplen las dos primeras condiciones. Sin embargo, la medida adoptada no es proporcional al fin que se dice perseguido.

En primer lugar, por falta de coherencia con la finalidad declarada: garantizar la sostenibilidad del sistema. La medida no tiene en cuenta la capacidad económica de los excluidos: quien carece de medios económicos ni va a pagar la asistencia en el servicio público ni va a acudir a un servicio sanitario privado, y en muchas ocasiones terminará por hacer uso del servicio público de urgencias, que se asegura en todo caso. Se señala que el ATC 239/2012/5 ya reconoció esta posibilidad, y que, asimismo, se refirió a la dificultad de cuantificar en términos económicos los perjuicios asociados al mantenimiento de los extranjeros en situación irregular en el marco del sistema público sanitario. Así, en opinión de los firmantes del Voto, resulta difícil calificar la medida de exclusión coherente y proporcionada con la finalidad de sostenibilidad del SNS.

Además, la medida dejaría fuera del sistema a un colectivo especialmente vulnerable por su condición administrativa y situación económica sin tener en cuenta la posibilidad de que esa situación les coloque extramuros de cualquier fórmula de asistencia sanitaria, poniendo en riesgo su salud e integridad física. La gravedad del riesgo puede verse atenuada por la posibilidad de acudir a urgencias, pero ello será sólo contrastable *a posteriori*, cuando el daño en la salud ya se haya producido (en ocasiones de modo irreversible), por lo que no superaría un juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

5. Conclusión.

La Sentencia analizada resuelve uno de los numerosos recursos de inconstitucionalidad presentados frente al RD-ley 16/2012, y lo hace apartándose –en buena medida– tanto de argumentos avanzados por doctrina científica²⁷, como de algunos de los contenidos en los AATC 239/2012, 114/2014 y

²⁷ V. AGUADO I CUDOLÀ, R. PRADO PÉREZ, *op. cit.*, 102-104 y 109; I. SOBRINO GUIJARRO, *op. cit.*, 150 y ss.; L. DELGADO DEL RINCÓN, *op. cit.*, 210 y ss.

54/2016, que aparentemente podrían haber estado presentes en una eventual resolución de inconstitucionalidad.

Pese a que, como hemos reiterado, se trata de resoluciones dictadas en procedimientos muy distintos al de la Sentencia estudiada, y con presupuestos diferentes, la situación de hecho general que crea la norma a nivel nacional es similar a la analizada a nivel autonómico, y el derecho a la salud, la integridad física y la vida podrían verse igualmente en peligro. Las afirmaciones acerca de la fragilidad de los argumentos económicos de justificación de la medida podrían haber sido determinantes. Ello queda patente en los VVPP a la Sentencia, especialmente en el primero de ellos, que se refiere en diversas ocasiones a los razonamientos expuestos en dichos AATC.

La justificación de la medida adoptada – la exclusión de los extranjeros en situación irregular del acceso gratuito a la asistencia sanitaria pública – se convierte en una de las claves de la resolución del recurso, tanto desde el punto de vista de su conformidad con las normas que limitan la producción de normas a través del mecanismo formal del Decreto-ley, como desde el punto de vista de la compatibilidad con el derecho a la protección de la salud (entendido como derecho instrumental a los derechos a la vida y a la integridad). Llama la atención cómo en un supuesto de este tipo, en que un derecho social se ve limitado en base a consideraciones relacionadas con la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad de las infraestructuras y servicios públicos, adquiere una gran importancia la cuestión de la eficacia y la efectividad de las medidas adoptadas, que mantienen una íntima relación con el juicio de proporcionalidad.

Por lo demás, queda pendiente ante el Tribunal Constitucional la resolución del resto de recursos de inconstitucionalidad presentados frente al RD-ley 16/2012. Se hace necesario en todo caso esperar a la resolución de estos recursos para confirmar que el Tribunal Constitucional español ha adoptado un cambio importante en su doctrina.