

LAS POLÍTICAS SANITARIAS DE CARÁCTER REGRESIVO ¿QUÉ NIVELES DE PROTECCIÓN OFRECE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO?

Josefa Cantero Martínez

Profesora Titular de Derecho Administrativo.

Universidad de Castilla-La Mancha.

SUMARIO: 1. A modo introductorio: el nuevo panorama de cambios sanitarios; 2. Su nota común: el carácter regresivo de las medidas adoptadas; 3. Los supuestos puntos débiles de nuestro sistema de protección de la salud. 3.1 En cuanto a su configuración como un mero principio rector de la política social y económica del país. 3.2 En cuanto a los amplios márgenes de libertad de que dispone el legislador para la concreción de su contenido. 3.3 En cuanto a las potestades de organización de las Administraciones públicas para la configuración del servicio público sanitario; **4. Algunas reflexiones al respecto y otros elementos a considerar en el debate.** 4.1 La protección de la salud está directamente relacionada con algunos derechos fundamentales y con el valor de la dignidad humana. 4.2 Se inserta, además, en un determinado modelo de Estado que también ha de procurar la sostenibilidad social. 4.3 Su contenido viene predeterminado en algunos de sus aspectos por normas de carácter internacional. 4.4 No basta con alegar el argumento económico. La toma de decisiones administrativas debe respetar la legalidad y los principios inspiradores del servicio público sanitario. Algunos ejemplos. a) El cierre nocturno de centros sanitarios. b) La externalización de hospitales públicos; **5. A modo de conclusión; 6. Bibliografía.**

RESUMEN

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. Aunque estas modificaciones inciden con distinta intensidad en la esfera jurídica de los ciudadanos, todas ellas tienen la nota común de reducir el ámbito de sus derechos sanitarios. Suponen la adopción de políticas sanitarias regresivas.

Nuestro objeto de estudio consiste en hacer una lectura jurídica de ellas. Trataremos de analizar el grado de protección que proporciona nuestro ordenamiento jurídico frente a estas políticas de carácter regresivo.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la protección de la salud; inmigrantes ilegales; políticas sanitarias regresivas; limitación de prestaciones sanitarias; sistema público sanitario.

ABSTRACT

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. Though these modifications affect with different intensity the juridical sphere of the citizens, all of them have the common note to reduce the area of their health rights. They suppose the adoption of regressive policies in health.

The object of our study consists of making a juridical reading of them. We will try to analyze the degree of protection that our law provides in order to amortize the regressive policies in health.

KEY WORDS

Right to the protection of the health; illegal immigrants; regressive policies in health; limitation of health services; Public health system.

1. A MODO INTRODUCTORIO: EL NUEVO PANORAMA DE CAMBIOS SANITARIOS

La situación de grave crisis económica y financiera que estamos padeciendo en los últimos años está afectando de modo directo a las políticas sanitarias. Los datos estructurales y las cifras más significativas del gasto sanitario público muestran que la sanidad pública se encuentra en una situación de grave dificultad económica, por lo que parece imprescindible adoptar medidas que aumenten su eficiencia y, sobre todo, que garanticen su sostenibilidad. La doctrina económica más especializada ha considerado que la sostenibilidad del sistema requiere importantes cambios estructurales que se basan en cuatro ejes esenciales: la reducción del despilfarro en la Administración sanitaria; el avance sensato hacia fórmulas que unan financiación y utilización de los recursos sanitarios con la obtención de resultados en salud; la mejor coordinación entre los niveles de atención primaria y especializada, así como de los sistemas sanitario y sociosanitario y, por último, la promoción de fórmulas de buen gobierno de la sanidad¹.

¹ OLIVA, Juan, PEIRÓ, Salvador y PUIG-JUNOY, Jaume, “Sistema Nacional de Salud y propuesta de reformas: más allá del ruido y la furia”, en la revista *Derecho y Salud*, vol. 23, número extraordinario del XXII Congreso de la Asociación de Juristas de la Salud, 2013, págs. 6 y 7. El número puede consultarse en <http://www.ajs.es/revista-derecho-y-salud>

En este contexto de graves dificultades económicas fue elaborado el *Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad de sus prestaciones*, que ha supuesto cambios trascendentales en la configuración del derecho a la protección de la salud. Asimismo, 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. 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 o incluso jubilaciones masivas e indiscriminadas de personal². 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.

El Real Decreto Ley mencionado, efectivamente, 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 introducir el copago o aportación dineraria del usuario en algunas de ellas, ha instaurado para los pensionistas la obligación de realizar estas aportaciones para las prestaciones farmacéuticas³, ha elevado los porcentajes de participación de los demás colectivos y ha establecido una nueva regulación de la titularidad del derecho a la asistencia pública sani-

² 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.

³ También recientemente se ha introducido una aportación limitada para los pacientes no hospitalizados cuando los medicamentos se dispensen en los servicios de farmacia hospitalaria (*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*).

taria que ha supuesto la exclusión de un determinado sector de la población mediante el recurso al nuevo concepto de asegurado y de beneficiario⁴. Además de los perceptores de determinadas rentas que superan determinados umbrales, han quedado excluidos del sistema público 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 especial⁵.

Pero estas no son las únicas consecuencias que está teniendo la crisis económica sobre el sistema público sanitario. 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 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. Al mismo tiempo, ante las enormes dificultades económicas que están padeciendo los servicios autonómicos de salud para la gestión de los servicios sanitarios, se están adoptando decisiones administrativas para la racionaliza-

ción y reorganización de sus servicios que, aunque suponen el legítimo ejercicio de sus potestades autoorganizatorias, 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.

En fin, 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 e incluso su negación para un importante colectivo de personal especialmente desfavorecido, el de los inmigrantes sin autorización legal de residencia, que han quedado apartados del sistema público de protección sanitaria⁶. Aunque estas modificaciones inciden con distinta intensidad en la esfera jurídica de los ciudadanos, todas ellas tienen la nota común de reducir el ámbito de sus derechos sanitarios, de endurecer sus condiciones de ejercicio y, en suma, de empeorar el *statu quo* existente.

Sin poner en modo alguno en discusión la legitimación política para su adopción, amparada en la cláusula de Estado Democrático que establece el artículo 2 de nuestra Constitución, nos proponemos en las siguientes páginas reflexionar sobre sus límites y sobre el grado de protección frente a ellas que ofrece nuestro ordenamiento jurídico al ciudadano. De hecho, la Justicia ha tenido que intervenir en la adopción de algunas de estas medidas y ha provocado que desde algunos sectores se apunte hacia una posible intromisión ilegítima del juez en el ámbito de lo político. Se ha puesto en discusión si realmente se trata de una judicialización de la política o meramente de un control de su constitucionalidad y de la legalidad del ejercicio de sus potestades autoorganizativas. El tema es tan sugerente como complejo. Su adecuado tratamiento posiblemente requeriría un análisis desde una perspectiva constitucional de las exigencias que se derivan de la cláusula de Estado Democrático y sus relaciones con las cláusulas de Estado social y de Derecho (art. 1.1 de nuestra Constitución). Nuestra pretensión, sin embargo, es mucho más modesta. Pretendemos simplemente reflejar la situación actual, el estado de la cuestión, y hacer una primera reflexión

4 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.

5 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).

6 Además establece algunos otros cambios de menor alcance que afectan a las prestaciones farmacéuticas, a la formación de los profesionales sanitarios, a la integración de algunos cuerpos funcionariales en la condición de personal estatutario, a la creación de registros administrativos y a algunos otros aspectos menores relativos a los recursos humanos. Da una vuelta a todo el ordenamiento sanitario y modifica prácticamente todas las normas que conforman el bloque de lo que llamamos Derecho Sanitario.

sobre los límites que se derivan de nuestro ordenamiento frente a la regresividad de tales políticas.

2. SU NOTA COMÚN: EL CARÁCTER REGRESIVO DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS

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 Constitución⁷. Ahora bien, estas facultades ha de hacerlas también compatibles con la obligación que el art. 40 de la Constitución impone a nuestros poderes públicos de promoción de las condiciones favorables para el progreso social y económico y, sobre todo, con el principio de prohibición de regresividad de los derechos sociales al que se ha comprometido desde el punto de vista internacional.

El Estado español, efectivamente, firmó el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (en adelante PIDESC), adoptado en el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, por lo que está obligado 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 (art. 2.1). En virtud de esta obligación de progresividad se ha entendido que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con este derecho⁸. Del

7 Más dudoso, sin embargo, es que haya recurrido a la figura del Real Decreto Ley para realizar una reforma estructural del SNS. 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. Lo contrario nos parece un uso excesivo –por no decir fraudulento– del Real Decreto Ley.

8 En el año 1986 se reunieron un grupo de expertos juristas en Derecho Internacional para analizar la naturaleza y alcance de las obligaciones que para los Estados firmantes supone el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dando lugar así a los conocidos como Principios de Limburgo, que diez años después fueron completados con las denominadas Directrices de Maastricht sobre las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales (1997). En estos instrumentos se ha interpretado que estas obligaciones mínimas existen independientemente de los recursos de que disponga el país interesado o de cualesquiera otros factores y dificultades. La escasez de recursos económicos no libera a los Estados del cumplimiento de ciertas obligaciones mínimas en relación con el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Existe una obligación de “lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos” (punto 20) y “hasta el aprovechamiento máximo de los recursos disponibles” (punto

mismo Pacto se derivaría, pues, una prohibición de regresividad del derecho a la protección de la salud.

Si seguimos a COURTIS, la noción de regresividad se puede aplicar tanto a una norma como a los resultados de una determinada política pública. 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 la norma anterior. Una política pública sanitaria realizada por un Estado es regresiva cuando sus resultados hayan empeorado en relación con los de un punto de partida temporalmente anterior elegido como parámetro⁹.

Pues bien, 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. Además, y tal como se ha subrayado doctrinalmente, iniciamos este penoso camino de recortes cuando aún no habíamos consolidado nuestro Estado de bienestar en niveles homologables a los de nuestros países vecinos¹⁰.

El informe de la OCDE titulado *Panorama de la sanidad 2013*, ha puesto de manifiesto algunos de los efectos que están provocando estas políticas sanitarias de carácter regresivo. No sólo están suponiendo

25). Los Estados cometen una violación por actos de comisión cuando adoptan cualquier medida deliberadamente regresiva que reduzca el alcance de la garantía de este derecho o cuando derogan o suspenden disposiciones legislativas necesarias para el goce permanente de un derecho económico, social y cultural ya reconocido o cuando deniegan este derecho a individuos o grupos concretos por una discriminación de carácter legislativo o por la fuerza. Según se señala en el punto 70, el fracaso de un Estado Parte del Pacto de cumplir con una obligación del convenio será considerado como una violación al Pacto en derecho internacional.

9 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.

10 VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad”, *Informe Comunidades Autónomas 2011*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2012, pág. 76.

una reducción de la cartera de prestaciones del Sistema nacional de Salud sino que se han introducido e intensificado las aportaciones de los pacientes en las prestaciones sanitarias y farmacéuticas, los denominados copagos (o repagos). Además, los recortes en el gasto sanitario se traducen en cierres nocturnos de centros de salud, en cierres de plantas en algunos hospitales y en una importante disminución del personal sanitario a través de determinadas políticas de personal. Tal es el resultado de las jubilaciones masivas de médicos que se han acordado en numerosos servicios autonómicos de salud al denegar las prórrogas en el servicio activo o las severas limitaciones en la tasa de reposición de efectivos, esto es, en las ofertas de empleo público. 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 sanidad puede tener efectos para la salud a largo plazo y consecuencias económicas para los más vulnerables¹¹.

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, de todas ellas 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 ilegales¹². 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 establecer medidas claramente regresivas que supongan excluir por completo de la titularidad del ejercicio de este derecho a los extranjeros en situación de irregularidad. En este sentido, 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 y limitaría su reversibilidad¹³.

No hemos de olvidar que 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

e incluso jurídicos que podrían buscarse. 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. 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. Véase 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. 1, obra colectiva dirigida por Josefa Cantero Martínez y Alberto Palomar Olmeda, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, págs. 305 y ss.

11 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. 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. *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>).

12 La eficacia en sí de esta medida regresiva de carácter excluyente es muy dudosa. No parece que el objetivo de reducir el gasto sanitario vaya a solucionar el grave problema de financiación que presenta nuestro sistema sanitario y por ello entendemos que no está justificada la privación del derecho a la protección de la salud de los extranjeros en esa situación. Son muchos los argumentos humanitarios, sanitarios, contables

13 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 MENDEZONA, 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.

internacionales sobre los derechos sociales¹⁴. 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.

3. LOS SUPUESTOS PUNTOS DÉBILES DE NUESTRO SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LA SALUD

Pues bien, frente a todas estas reformas y tendencias podemos plantearnos qué grado de protección otorga nuestro modelo constitucional y nuestro ordenamiento jurídico, en general, al derecho a la protección de la salud y a la conformación de un sistema público sanitario tal como lo hemos conocido hasta ahora. O, formulado en otras palabras, ¿existe algún límite o alguna clara orientación para nuestro legislador y para nuestra Administración a la hora de adoptar toda esta pléyade de decisiones políticas o administrativas que se traducen en una clara limitación o minoración del derecho a la protección de la salud?

Se alega en este sentido la debilidad misma del sistema de protección que instaura nuestra Constitu-

ción en su artículo 43, al carácter reversible de los derechos sociales y económicos, los vastísimos márgenes de libertad que posee el legislador ordinario para la concreción del derecho constitucional a la protección de la salud y las amplias potestades organizativas de que disfruta la Administración Pública para la configuración del servicio público sanitario. Veámoslas.

3.1 Su configuración constitucional como mero principio rector de la política social y económica del país.

La naturaleza misma del derecho constitucional a la protección de la salud se arguye como pretexto básico para justificar medidas restrictivas de las prestaciones sanitarias. Y cierto es que el artículo 43 de la Constitución, el que consagra este derecho, es un mero principio rector de la política social y económica del país en virtud de su ubicación en el Texto Constitucional. 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 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 Ley¹⁵.

14 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, Victor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, págs. 96 y 111, entre otras muchas. Sobre la configuración de estos derechos en el ámbito autonómico nos remitimos, por todos, al excelente trabajo de GARRIDO CUENCA, Nuria, “La titularidad de los derechos sociales y de ciudadanía en los nuevos Estatutos de Autonomía, y en particular del extranjero”, en *Derechos sociales y Estatutos de autonomía. Denominaciones de origen. Nuevo Estatuto del PDI universitario*, Lex Nova, Valladolid, 2009; 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.

15 Dirá el Tribunal Constitucional que “el hecho de que una materia esté sujeta al principio de reserva de ley no permite concluir que la misma se encuentre excluida del ámbito de regulación del Real Decreto-ley, el cual puede penetrar en dicha materia siempre que se den los requisitos constitucionales de presupuesto habilitante y no afecte, en el sentido constitucional del término, a las materias excluidas en el artículo 86 de la Constitución Española, aspecto que necesariamente se relaja al encontramos en presencia de un principio rector de la política social y económica del Capítulo III del Título I de la Constitución”.

La doctrina especializada no se pone de acuerdo respecto del valor que tiene dicho reconocimiento¹⁶. La mayor parte de los autores niega que la protección de la salud haya sido configurada como un verdadero derecho subjetivo. Así, por ejemplo, FERNÁNDEZ PASTRANA, insiste en que, a pesar de la dicción expresa del precepto no nos encontramos ante un auténtico derecho subjetivo, sino ante un “mero principio informador o rector de la política social que debe ser, eso sí, reconocido, respetado y protegido, y que informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos¹⁷”. Por ello sólo podrá ser invocado ante la jurisdicción ordinaria como un derecho subjetivo lesionado cuando aquél haya sido establecido por la legislación de desarrollo como tal derecho subjetivo.

Otros autores, sin embargo, han dado otra interpretación a este precepto. A colación podremos traer a SOLOZABAL ECHAVARRÍA, quien ha considerado que el 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 persona¹⁸. No muy alejado de este planteamiento, PEDREIRA ANDRADE¹⁹ ha considerado que la subsunción constitucional del derecho a la protección de la salud entre los principios rectores de la política social y económica

resulta discutible y desafortunada, ya que estamos en presencia de un verdadero derecho y no de un principio rector, por ello tiene carácter normativo y sirve de canon hermenéutico en orden al ejercicio de los derechos de los usuarios de la salud, no sólo en el campo del Derecho Público sino también en el ámbito del Derecho Privado. A mayor abundamiento, añade que el derecho a la salud constituye un derecho a la personalidad y no una mera declaración programática, de tal forma que se encuentra en íntima interrelación e inescindible conexión con el derecho a la vida y a la integridad física, reconocido como derecho fundamental en el artículo 15 de la Constitución española. Todo ello le lleva finalmente a resaltar el valor normativo del derecho a la salud que, según el autor, sería plenamente eficaz y podría aplicarse sin intermediación de la ley.

Pues bien, sin negar el importantísimo papel que cumple este derecho, lo cierto y verdad es que nuestro constituyente ha sido bastante claro a la hora de determinar su valor. El artículo 43 aparece situado en el Capítulo III del Título I de la Constitución, que es el que establece los principios rectores de la política social y económica. Como hemos visto en estos últimos años y con ocasión de las medidas adoptadas para hacer frente a la crisis, esta ubicación en esta parte concreta del texto constitucional está teniendo importantísimas consecuencias respecto a su valor y eficacia. Implica, en primer término, que no estamos ante un derecho fundamental, sino ante un principio rector que es consecuencia directa de la constitucionalización de un determinado modelo de Estado, el Estado social.

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 alguno. 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 polí-

16 Para una detallada exposición del tema nos remitimos al estudio de COBREROS MENDAZONA, 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, págs. 161 y ss.; así como a la exposición doctrinal realizada por págs. 115 y ss.

17 FERNÁNDEZ PASTRANA, José María, en *El servicio público de la sanidad: el marco constitucional*, Civitas, Madrid, 1984, págs. 55 y ss. En un sentido coincidente se pronuncian también, entre otros muchos autores, 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.

18 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.

19 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.

tica 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).

3.2 En cuanto a los amplios márgenes de libertad de que dispone el legislador para la concreción de su contenido.

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, tal libertad no es absoluta. Como apunta LÓPEZ MENUENDO, 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 servicios y, desde luego, la eventual regresión de los niveles de atención social ya conseguidos sin justa causa que la explique y legitime²⁰”.

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 presenciales que requieren una base financiera sólida y una administración de recursos escasos permite al legislador una amplia libertad de configuración. Ahora bien, encontrar este equilibrio no es fácil. 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. Sin embargo, la 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 concreto²¹.

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. Sobre esta última cuestión ha considerado que la sostenibilidad del sistema sanitario público impone a los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización del gasto sanitario, necesarias en una situación caracterizada por una exigente reducción del gasto público, de manera que las administraciones públicas competentes tienen la obligación de distribuir equitativamente los recursos públicos disponibles y favorecer un uso racional de este Sistema (ATC 96/2011, de 21 de junio, FJ 6). El alcance y la graduación de la gratuidad, así como de las bonificaciones económicas en las prestaciones sanitarias y farmacéuticas, dependerán de la regulación que en cada momento histórico o temporal apruebe al legislador, de acuerdo con las exigencias derivadas de las circunstancias cambiantes, respetando los límites constitucionales.

20 LÓPEZ MENUENDO, 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.

21 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*, n° 153, 2000.

Acontece, no obstante, que este desarrollo legislativo se ha producido ya, fundamentalmente a través de la Ley General de Sanidad, Ley 14/1986, de 25 de abril, de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica de autonomía del paciente y de los derechos y deberes en materia de información y de documentación clínica, y de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, así como a través de múltiples disposiciones reglamentarias. En la medida en que se ha producido ya la intervención del legislador y que estas normas han establecido un catálogo en el que se detallan los derechos de los ciudadanos relacionados con la asistencia sanitaria, este principio ha pasado ya a convertirse en una pléyade de verdaderos derechos subjetivos para los ciudadanos susceptibles de protección jurisdiccional. Estas normas precisamente son las que nos sirven de parámetro a la hora de determinar el carácter regresivo de las actuales medidas fijadas por el Real Decreto Ley 16/2012.

La protección de la salud es un derecho susceptible de ser modulado en virtud de las condiciones fundamentalmente económicas del momento. En consecuencia, al menos en principio, la universalización y la gratuidad en las prestaciones y servicios sanitarios no derivan ni imperativamente ni de manera inmediata de la Constitución. La legislación 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, como ha sido el caso para los extranjeros, a quienes se les exige a partir de ahora disponer de una residencia autorizada administrativamente por el Estado y del correspondiente vínculo con la Seguridad Social.

Ello significa que, al menos en principio, el legislador tiene una amplísima libertad para determinar en cada momento concreto, atendiendo fundamentalmente a la situación económica, la extensión de las prestaciones públicas sanitarias gratuitas o bonificadas, así como las condiciones que han de reunir los titulares de este derecho. 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 prio-

ridades políticas y las condiciones sociales y económicas de cada momento histórico en concreto.

A partir de esta configuración constitucional del derecho a la protección de la salud podemos plantearnos si existe o no algún límite para el legislador ordinario pues, dentro de estos amplísimos márgenes de libertad que nuestro ordenamiento le reconoce, no es lo mismo no seguir avanzando en la extensión del contenido de este derecho que reducir el contenido de sus prestaciones o excluir 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.

Efectivamente, el Real Decreto Ley ha adoptado una medida que reviste especial gravedad. Nos referimos a la exclusión de un importante colectivo especialmente vulnerable que sí disfrutaba antes del sistema público por el mero hecho del empadronamiento en su municipio de residencia. Nos referimos al de los extranjeros sin autorización de residencia o inmigrantes en situación irregular o sin papeles. Con la nueva normativa, la atención en situación de urgencias estaría garantizada, al igual que la atención a los menores de edad y a las mujeres embarazadas. Según considera 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*, con esta prestación mínima se estaría salvaguardando el derecho fundamental a la vida y a la integridad física de los inmigrantes irregulares, de manera que conectarían 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 la integridad física contenido en el artículo 15 CE. No compartimos, sin embargo, esta visión.

Por otra parte conviene tener en cuenta que esta libertad del legislador a la hora de configurar este derecho está condicionada, no sólo por las exigencias que se derivan de nuestro modelo de Estado social, sino también por los compromisos de carácter internacional contraídos por el Estado Español y, fundamentalmente, por la Carta Social Europea y el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Dicho Pacto establece una obligación de aplicación progresiva de los derechos que reconoce y, en consecuencia, de ahí se deriva la prohibición de regresividad o retroceso en el reconocimiento de tales derechos.

La realización progresiva del derecho a la salud que se deriva de esta norma internacional significa que el legislador tiene la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización de este derecho determinando qué medidas son las más convenientes para hacer frente a las circunstancias económicas específicas en que pueda encontrarse en cada momento concreto. Después volveremos sobre ello.

3.3 En cuanto a la potestades de organización de las Administraciones Públicas para la configuración del servicio público sanitario.

En los últimos meses, siempre como consecuencia de los problemas económicos y presupuestarios de nuestras Administraciones Públicas, 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 sus potestades de organización. Así, se está optando en algunos servicios autonómicos de salud 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, etc. En todos estos supuestos los cambios adoptados se fundamentan simplemente en las potestades autoorganizatorias de las Administraciones públicas, en la potestad que posee la Administración sanitaria para organizarse internamente y decidir cómo presta los servicios públicos que tiene encomendados.

Tal vez las más significativas sean las que afectan a la forma de prestación de los servicios públicos sanitarios y las relativas a la reorganización de dichos servicios. Así, en algunas Comunidades Autónomas se está optando por la utilización de fórmulas contractuales, por su gestión indirecta, por la también denominada externalización de los servicios de asistencia sanitaria. Como comentábamos en páginas anteriores, paradigmático está siendo el proceso de externalización de los hospitales madrileños, al que después nos referiremos con algo más de detalle.

En otras Comunidades se están adoptando decisiones administrativas para la racionalización y reorganización de sus servicios sanitarios que suponen el cierre o la limitación horaria de los centros sanitarios, especialmente de los servicios de atención sanitaria continuada y urgente o de los denominados en algunas Comunidades como Puntos de Atención Continuada. 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. Algunos ejemplos pondremos después de este tipo de controles en los que se resalta una idea fundamental: 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.

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 *status quo* existente, cumplir las exigencias derivadas de los procedimientos administrativos (especialmente en caso de contrataciones) y, sobre todo, respetar los principios inspiradores de nuestro servicio público sanitario.

4. ALGUNAS REFLEXIONES AL RESPECTO Y OTROS ELEMENTOS A CONSIDERAR EN EL DEBATE

Su naturaleza como un principio rector de la política social no debe suponer en modo alguno que la protección de la salud quede por completo al arbitrio de lo que pueda disponer el legislador en cada momento concreto o la Administración a la hora de organizar la prestación de este servicio público. No sólo los compromisos de carácter internacional nos dan importantes orientaciones al respecto y nos permiten delimitar algunas líneas rojas del sistema. Su estrecha relación con los derechos fundamentales y con la dignidad humana como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, así como la aplicación de las normas y principios que rigen la actuación administrativa también han de ser considerados

como elementos esenciales para otorgar la necesaria protección de este derecho en un momento de graves dificultades económicas. Por último, la elección por un determinado modelo de Estado, un Estado social, también ha de ser un elemento de gran relevancia en este debate sobre la salvaguardia de este derecho. Veámoslo.

4.1 La protección de la salud está directamente relacionada con algunos derechos fundamentales y con el valor de la dignidad humana.

Aunque nuestro Constituyente ha configurado la protección de la salud como un principio rector de la política social y económica del país, por su propia esencia y contenido reúne unos determinados caracteres que, a mi juicio, deberían resaltarlo respecto del resto de derechos recogidos en ese mismo Capítulo III. La protección de la salud posee una “*importancia singular*”²² 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 jurídico²³.

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... Como*

22 Expresión expresamente utilizada por el Tribunal Constitucional en su Auto 239/2012, de 12 de diciembre.

23 En el caso de los inmigrantes sin autorización legal de residencia, el legislador ha considerado cubierto este mínimo de “dignidad humana” permitiendo la asistencia sanitaria pública sólo en situaciones de urgencia, para las mujeres embarazadas y para los menores. Con esta asistencia sanitaria mínima queda cubierta la exigencia de “dignidad humana” que exige nuestra Constitución. Algunos autores han calificado este cambio normativo como un auténtico atentado a la dignidad de la persona, como un retroceso social y moralmente condenable, en la medida en que también los derechos sociales tienen su basamento en la dignidad de todo ser humano. BELTRAN AGUIRRE, Juan Luis, “El Real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud. Análisis crítico en relación con los derechos ciudadanos y las competencias autonómicas”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 3/2012 (Tribuna).

es obvio, no puede aceptarse, sin banalizar el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 15 CE, que todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental a la integridad física”. 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 persona²⁴.

Ahora bien, 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 médica a los extranjeros irregulares, desconociendo el nuevo régimen establecido en el Real Decreto Ley 16/2012. Para decidir sobre la suspensión el Tribunal ha tenido que realizar una ponderación de los perjuicios que causaría el mantenimiento de la suspensión de la norma vasca o su levantamiento para posibilitar dicha asistencia hasta tanto no se resuelva el conflicto competencial. Dicha ponderación exige colocar, de un lado, el interés general configurado por el beneficio económico asociado al ahorro que supondrían las medidas adoptadas por el Estado al redefinir el ámbito de los beneficiarios del sistema público de salud. De otro lado, exige ponderar el interés general de preservar el derecho a la salud consagrado en el art. 43 CE, tanto en su dimensión de salud individual como de salud pública o colectiva²⁵. Según el Auto:

24 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).

25 Si se mantiene la suspensión del Decreto vasco se mantendría la limitación del acceso al derecho a la salud para

«Para que este Tribunal valore los intereses vinculados a la garantía del derecho a la salud, es preciso acudir a lo dispuesto en el art. 43 CE, en relación con el deber de todos los poderes públicos de garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la protección de la salud, cuya tutela les corresponde y ha de ser articulada “a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios” (art. 43.1 y 2 CE)” (STC 126/2008, de 27 de octubre, FJ 6). 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».

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”.

Por otra parte, como ha subrayado 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 algu-

determinados colectivos vulnerables por sus condiciones socioeconómicas y sociosanitarias. Los inmigrantes sin permiso de residencia son, según señala el TC, un colectivo especialmente sensible que vería notablemente afectada su salud si se les impide el acceso a los servicios sanitarios públicos de forma gratuita, lo que repercutiría, no sólo en su estado de salud individual, sino en la prevención de la propagación de determinadas enfermedades infecto contagiosas, afectando directamente a la salud de toda la sociedad. Por el contrario, al valorar el interés vinculado al control del déficit público, y analizarlo respecto de los perjuicios económicos que se podrían asociar al levantamiento de la suspensión, destaca el Tribunal “que la Abogacía del Estado no concreta esos perjuicios, seguramente porque ello no sea posible, entre otras razones, al poder darse la eventualidad de que se produzca sencillamente una transferencia de gasto desde la atención primaria a la atención de urgencias”.

nos de los contenidos del derecho a la protección de la salud. Esta especial vinculación del legislador a la hora de configurar este derecho se aprecia con mayor claridad en los nuevos Estatutos de Autonomía. No nos vamos a detener en los importantes problemas teóricos y prácticos que ello plantea. Simplemente nos interesa remarcar que, tal como ha subrayado esta autora, la protección de la salud se ha querido configurar, no ya como un mero principio rector de carácter programático, sino como un auténtico derecho subjetivo, de esta manera, las concepciones que subyacen en los nuevos Estatutos parecen superar la vieja pedagogía respecto del valor de los derechos sociales y la dicotomía derecho-libertad versus derecho prestacional²⁶.

4.2 Se inserta, además, en un determinado modelo de Estado que también ha de procurar la sostenibilidad 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 sustancial²⁷. La lógica y la

26 Para un estudio minucioso de este complejo tema nos remitimos por todos a 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 GASCON 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. Señala la autora que algunos de estos nuevos estatutos acompañan sus cartas de derechos con determinadas cláusulas de garantía y eficacia que vinculan a los poderes públicos. Tal es el caso del estatuto andaluz y del catalán. Este último, por ejemplo, obliga a los poderes públicos a interpretarlo y a aplicarlo en el sentido más favorable para su plena efectividad y atribuye su tutela al Consejo de Garantías Estatutarias (pág. 153).

27 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*

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 constitucional²⁸.

La instauración 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 sociales²⁹. El principio del Estado social, en palabras de CASCAJO CASTRO, 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 civil³⁰.

estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín Retortillo, Vol. I, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, pág. 374.

28 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.

29 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 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).

30 CASCAJO CASTRO, J.L., “La configuración del

La opción constitucional por un “Estado Social” va a tener repercusiones importantísimas también en materia sanitaria, toda vez que está imponiendo la existencia necesaria de un Estado preocupado y comprometido con la sociedad que tiene como uno de sus objetivos prioritarios y fundamentales el garantizar un determinado nivel de vida de los ciudadanos y un determinado grado de bienestar social, sobre todo para los ciudadanos más desfavorecidos. 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. Todo ello sin olvidar, claro está, que en la propia Constitución hay una remisión al legislador para que sea éste, esto es, las Cortes Generales y en su caso las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, el que en cada momento histórico decida su alcance y contenido concreto.

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 progresiva, 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

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.

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. Ante esta situación, una de las cuestiones más importantes sobre las que tendrá que teorizar la doctrina es la relativa a sus límites. ¿Hasta dónde podría llegar el legislador en la reversibilidad del derecho a la protección de la salud? ¿Qué límites encuentra para ello en nuestra Constitución y en nuestro ordenamiento jurídico?

Ciertamente resulta complejo hacer compatibles todos estos postulados en el nuevo marco de estabilidad presupuestaria y con las nuevas limitaciones constitucionales que ha establecido la reforma del art. 135 de la Constitución (desarrollada por la *Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera*) que establece la prioridad absoluta de los recursos económicos para el pago de las deudas. Resulta paradójico, sin embargo, que el párrafo cuarto de este precepto mencione la sostenibilidad social del Estado como una excepción que posibilitaría la superación de los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública. Las posibilidades de protección que este supuesto proporcionaría al ciudadano frente a las políticas sanitarias regresivas, sin embargo, se nos antojan altamente ilusorias, sobre todo si tenemos en cuenta que su apreciación queda en manos del mismo sujeto que las ha dispuesto, aunque esta vez por mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados.

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 directamente ligada con el principio de igualdad material del que deriva³¹. Desde esta perspectiva, por ejemplo, la exclusión en bloque de uno de los colectivos más sensibles y des-

favorecidos 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 estableciera³².

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 social³³. Aplicado al ámbito que ahora nos ocupa, y como una

32 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.

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

31 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.

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.

4.3 Su contenido viene predeterminado en algunos de sus aspectos por normas de carácter internacional.

La libertad del legislador a la hora de configurar el contenido y extensión del derecho a la protección de la salud no es en modo alguno absoluta. 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 Constitución³⁴.

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 médica³⁵. Para ello, el Estado se obliga a velar por que toda persona que no disponga de recursos sufi-

cientos 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 cuidados que exija su estado.

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 griego³⁶. 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 Europea, 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 Carta³⁷. Un planteamiento similar podría realizarse, a nuestro juicio, del derecho a la protección de la salud.

Podemos traer a colación 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,

36 Después de examinar los informes estatales, el Comité dicta unas 'conclusiones' sobre el cumplimiento de la Carta por el Estado parte. El Comité toma una decisión basada en los méritos de la denuncia y notifica a las partes pertinentes y al Comité de Ministros a través de un informe. Dicho informe se hace público dentro de un periodo de 4 meses. Por último, el Comité de Ministros adopta una resolución. En algunas ocasiones, recomienda al Estado pertinente tomar medidas específicas para que la situación sea conforme a los requisitos de la Carta Social Europea.

37 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

34 Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

35 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.

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 sanitaria³⁸ (apartados 30, 31 y 32):

«30. Con ocasión de la presente reclamación, el Comité se ve llamado a decidir cómo la restricción que figura en el Anexo debe ser entendida en función del objetivo primordial de la Carta tal como ha sido definido. Esta restricción concierne a un amplio abanico de derechos sociales garantizados por los artículos 1 a 17, y les afecta de forma diversa. En el presente asunto, dicha restricción afecta a un derecho que reviste una importancia fundamental para el individuo, puesto que dicho derecho se encuentra ligado al mismo derecho a la vida y afecta directamente a la dignidad del ser humano. Por añadidura, la restricción penaliza en este caso a niños que se encuentran expuestos al riesgo de no poder beneficiarse de un tratamiento médico.

31. Ahora bien, la dignidad humana representa el valor fundamental que se encuentra en el corazón del Derecho europeo positivo en materia de derechos humanos —tanto si se trata de la Carta Social Europea como si se trata del Convenio Europeo de Derechos Humanos— y la atención sanitaria constituye una condición previa esencial para la preservación de la dignidad humana.

32. Por consiguiente, el Comité estima que una legislación o una práctica que niegue el derecho a la asistencia médica a los ciudadanos extranjeros, en el territorio de un Estado parte, aun cuando estén en situación irregular, es contraria a la Carta».

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**, en virtud fundamentalmente de la interpretación realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a través de la Observación General sobre el derecho a la protección de la salud en el año 2000. El artículo 12 de este Pacto consagra el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

38. Véase a JIMENA QUESADA, Luis, y TOMÁS MALLÉN, Beatriz, “Hacia un estándar europeo común de igualdad: la contribución del Comité Europeo de Derechos Sociales”, en la *Revista de Derecho Político*, núm. 68, 2007, págs. 351 y 352; así como JIMENA QUESADA, L.: *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. Sistema de reclamaciones colectivas 1998-2005*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

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, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, 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 en particular 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 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 firmantes³⁹ y el encargado de interpretar sus dispo-

39 Para la realización de esta tarea de supervisión, todos los Estados partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan esos derechos. Inicialmente, los Estados deben presentar informes a los dos años de la aceptación del Pacto y luego cada cinco años. El

siciones 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 n.º 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 legis-

lación 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...*”.

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

4.4 No basta con alegar el argumento económico. La toma de decisiones administrativas debe respetar la legalidad y los principios inspiradores del servicio público sanitario. Algunos ejemplos.

Además de este marco constitucional que delimita las potestades de nuestro legislador ordinario para la concreción del derecho a la protección de la salud, existe un marco legal y reglamentario que predetermina también el contenido de la toma de decisiones administrativas y la adopción de las políticas sanitarias. La Administración sanitaria dispone de un importantísimo margen de discrecionalidad a la hora de

Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de “observaciones finales”. Por el momento, el Comité no puede examinar las denuncias de los particulares, aunque se está estudiando un proyecto de Protocolo Facultativo de Pacto que facultaría al Comité para ello.

organizar el servicio público sanitario. Ahora bien, 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. Sin ánimo alguno de exhaustividad, son varios los ejemplos de tutela judicial de este derecho que se han producido en estos últimos meses y que podríamos traer a colación.

a) El cierre nocturno de 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. La parte expositiva de la Orden justifica la medida como una manifestación de la potestad organizativa de la Junta de Comunidades de Castilla-La

Mancha, de sus incuestionables funciones de ordenación y dirección de los servicios públicos y, singularmente, de su facultad para establecer el modelo y el procedimiento más adecuados (a su juicio) en orden a facilitar el acceso de los ciudadanos a la modalidad de prestación sanitaria urgente. Se fundamenta el cambio en la necesidad de optimizar la utilización de los recursos humanos y materiales y *“esta es toda la <<motivación>> recogida en la Orden”*, según la Sala. Reprocha el Tribunal que no se haya incorporado a los autos el expediente administrativo relativo a la aprobación de la Orden, sino que se ha aportado a posteriori la explicación relativa a la *“situación gravísima del Sistema Sanitario en la Comunidad Autónoma por la brecha entre el gasto presupuestado y el gasto real llevado a cabo por el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM), que se califica de “cercana al colapso” y que supone un riesgo para la salud de los ciudadanos, siendo responsabilidad de los gestores públicos evitar que se produzca (se afirma que el gasto real del SESCAM en 2011 era superior en cerca de 580 millones respecto al gasto presupuestado del SESCAM para 2012); de ahí la aplicación de un plan de medidas para racionalizar el gasto sanitario de Castilla-La Mancha”*.

En la ponderación que realiza el Tribunal para la adopción de su decisión parte de la racionalidad del 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. Todo ello por:

“1º El mayor tiempo que se emplea en el desplazamiento ante situaciones que pueden ser críticas para la vida humana especialmente significativo para el colectivo de niños y ancianos, ciertamente significativa en los ámbitos rurales con población envejecida, con especiales dificultades para el desplazamiento; 2º El riesgo de mayor número de derivaciones a otros centros asistenciales y hospitalarios con la consecuencia de mayores tiempos de espera y aplazamientos del tratamiento adecuado; 3º El riesgo de saturación del Centro de Ocaña por tener que atender a una población mayor de personas como consecuencia de la supresión del servicio de urgen-

cias de Tembleque (que afecta, no se olvide, a otros dos municipios) no aparece ningún plan que refuerce los medios materiales y personales disponibles para afrontar las ingentes necesidades de un mayor número de usuarios; 4º Falta de concreción del personal sanitario asistencial en los medios de transporte de pacientes, dato especialmente relevante en los casos de emergencia donde se hace indispensable una primera asistencia con soporte vital así como en el Centro de Ocaña sobre el que nada se indica sobre eventuales medidas de refuerzo y mejores medios materiales para atender la carga adicional que representan los usuarios desplazados desde Tembleque y sus alrededores; 5º En la misma línea discursiva y en consonancia con ella, si bien es cierto que en el informe técnico de 18-1-2013 de la Dirección General de Atención Sanitaria y Calidad se hace alusión a los medios de transporte de los que dispone el PAC de Tembleque se elude toda mención a su dotación de personal así como a su cualidad o condición, indicación que se juzga indispensable y que ha sido determinante en esta decisión cautelar, por ejemplo en los casos de urgencias graves o situaciones de emergencia que requieren primeros auxilios o asistencias indispensables llevadas a cabo por facultativos o personal especializado y cualificado de los que depende en muchos casos que se puedan evitar situaciones de riesgo vital o que puedan comprometer la integridad física de las personas”.

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.

b) La externalización de hospitales públicos

En otras ocasiones la Administración toma medidas organizativas que buscan directamente el ahorro y afectan al modo de gestión de los servicios públicos sanitarios. Así está sucediendo con los seis hospitales madrileños que están en proceso de externalización para su gestión por empresas privadas. 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 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 salud⁴⁰. 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. Efectivamente, en el ejemplo que vamos a analizar, una vez aprobado el pliego del contrato y unos días antes de que concluyera el plazo fijado (el día 3 de junio de 2013),

⁴⁰ Como así además lo ha declarado la STC 37/1994 al entender que “el derecho de que los ciudadanos puedan ostentar en materia de seguridad social salvando el carácter indisponible para el legislador de la garantía constitucional de esta institución-, es un derecho de estricta configuración legal, y que el carácter Público del sistema no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privada”.

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 administrativo⁴¹. 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 privatizar⁴² 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.

Algunas reflexiones personales podrían hacerse al respecto. La participación y colaboración de los sujetos privados en la prestación de los servicios públicos es una fórmula bien conocida en la prác-

41 La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha rechazado en octubre de 2013 un recurso presentado por CC.OO. contra este proceso de externalización al entender que es una fórmula legalmente habilitada por la legislación, tal y como se contiene en la Ley 15/07 sobre habilitación de nuevas fórmulas de gestión del Sistema Nacional de Salud, y que ha sido realizado por quien ha sido legalmente habilitado para ello (SERMAS), sin que esa decisión (legalmente permitida como una de las posibles opciones) pueda ser objeto de revisión jurisdiccional. Para evitar pronunciamientos contradictorios, el presidente de dicho Tribunal ha dictado el 11 de octubre una diligencia de ordenación para aunar en una Sala todos los recursos presentados contra la externalización y evitar así posibles fallos contradictorios.

42 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.

tica administrativa, incluso en el ámbito sanitario a través de la concesión, de la vinculación singular de hospitales y de la pléyade de posibilidades gestoras que introdujo el *Real Decreto-Ley 15/1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas fórmulas de gestión del Sistema Nacional de Salud*. En el ejercicio de sus potestades de autoorganización, nuestro ordenamiento administrativo prevé la posibilidad de que la Administración pueda decidir realizar una determinada actividad o prestar un servicio público, bien directamente o bien de forma indirecta a través de cualquiera de las modalidades de gestión de servicios que permiten nuestras normas sobre contratación administrativa. Las posibilidades de actuación para la Administración son múltiples. Ahora bien, hay determinados tipos de actividades administrativas que por su naturaleza no son susceptibles de externalización o contratación. Así sucede, por ejemplo, con el ejercicio de potestades públicas, cuya realización está reservada directamente a la Administración y a sus funcionarios públicos. Ni siquiera pueden ser ejercidas dichas potestades por los empleados públicos laborales (art. 9.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público). Otras, por el contrario, tienen una naturaleza que se presta especialmente a este tipo de gestión, tal como sucedería, por ejemplo, con los servicios de limpieza de un hospital, con los servicios de seguridad, con los de lavandería o con servicios de restauración, etc. Sin embargo, a nuestro modo de ver, la contratación de la asistencia sanitaria especializada al paciente plantea importantes inconvenientes y serias dudas de compatibilidad legal con los principios inspiradores de nuestro Sistema Nacional de Salud.

Precisamente por ello -y como cautela-, antes de iniciar el procedimiento de contratación la Administración debe fijar con precisión en la documentación preparatoria del contrato la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas. Si se busca modificar la forma de gestión para derivarla hacia empresas privadas deberá explicar y motivar la racionalidad de la medida, qué se pretende y qué se va a conseguir con ello en términos de una mayor eficacia y eficiencia en la prestación del servicio. Los pretendidos ahorros económicos que supondría la medida no se han acreditado de forma irrefutable⁴³.

43 Se utiliza siempre el argumento de que el precio per cápita por paciente sería bastante inferior. No obstante, no existe ningún estudio empírico riguroso que dé transparencia respecto de los factores que se tienen en cuenta en la determinación del coste por paciente en el sistema público ni sabemos si se

En rigor, pues, no se podría mantener que la Administración cumple con este mandato legal de eficiencia económica si decide externalizar funciones que bien podría realizar a través de su personal aunque, eso sí, adoptando determinadas medidas a través de una mejor gestión y organización de la atención sanitaria especializada. Desde esta perspectiva se apunta nuevamente a que la externalización debería ser un remedio secundario, utilizable sólo ante la imposibilidad de llevar a cabo la prestación adecuada del servicio. Quiere ello decir que si dispone de los medios personales y materiales necesarios para desarrollar una determinada actividad o prestar un determinado servicio que se proyecta externalizar, la decisión de externalizar podría tener un dudoso encaje en esta cláusula limitativa. Lo actuación más razonable en este caso probablemente debería pasar por la adecuada gestión del servicio, por la detección de las bolsas de ineficiencia que pueden producirse en la gestión, toda vez que existe un principio organizativo básico de “*utilización racional del funcionariado existente*” proclamado por la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 8/2010, de 27 de abril, Sala Segunda).

En esta primera valoración, además de la naturaleza de las funciones que se van a realizar, también tendríamos que tener en cuenta un segundo elemento: el relativo al momento exacto en el que se toma la decisión externalizadora. No es lo mismo poner en funcionamiento un servicio nuevo que dismantelar uno ya existente externalizándolo. En este sentido, la regla general de la que parte la normativa sobre contratos es precisamente la de la excepcionalidad o subsidiariedad de la externalización⁴⁴. Así parece derivarse del principio de racionalidad de la contratación formulado en el art. 22 de Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, en la medida en que dispone que la Administración no podrá “celebrar otros contratos que aquéllos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales”. ¿Es real-

tienen en cuenta exactamente los mismos ítems. Por otra parte la experiencia pone de manifiesto que los costes reales de la Administración sanitaria que decide externalizar son muchos mayores. Así sucedió con el hospital de Alzira, que tuvo que ser rescatado y modificado su contrato para incluir unas cantidades por cápita muchísimo más elevadas que las inicialmente negociadas, eso sí, una vez que ya había pasado el debate público sobre la cuestión.

44 Así lo hemos señalado en “El debate sobre la externalización y el número de funcionarios en nuestras Administraciones Públicas”, capítulo del libro *Crisis económica y Función Pública*, dirigido por FUENTETAJA PASTOR y CANTERO MARTÍNEZ, Tecnos, Madrid, 2012, págs. 151 y ss.

mente necesaria o imprescindible la externalización de estos hospitales para seguir cumpliendo el servicio público sanitario? ¿Es más eficaz la gestión privada de los hospitales que su gestión Pública? Ciertamente debería causar rubor a los propios gestores públicos que optan por este tipo de decisiones justificar el recurso a las empresas privadas en su propia incapacidad para llevar a cabo una gestión eficiente de lo público⁴⁵, máxime cuando las últimas reformas que se han llevado a cabo en nuestro ordenamiento jurídico, especialmente en materia de personal, aportan ya novedosas herramientas para lograr una gestión de sus recursos humanos profesionalizada y flexible.

Por otra parte, aun siendo necesaria la colaboración de sujetos o entidades privadas en la prestación de los servicios públicos es preciso adoptar siempre cautelas para que no se vean comprometidos sus principios inspiradores. Algunos ejemplos de estos riesgos se están produciendo precisamente en el momento en que se está redactando este trabajo. Según han publicado los medios de comunicación⁴⁶, la sanidad madrileña ha 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 haya generado ciertos recelos y dudas acerca de su compatibilidad con los valores que inspiran el Sistema Nacional de Salud.

En este sentido suele imputarse a este modelo una crítica esencial: la incompatibilidad de los valores públicos con el lucro que inspira la actividad privada empresarial. La empresa privada que gestiona el servicio sanitario suele ocuparse esencialmente de los procesos menos costosos. Los procesos más gra-

ves y onerosos suelen ser derivados a otros centros sanitarios públicos. Como medida para evitar esta peligrosa tendencia suelen incluirse cláusulas para prever que el dinero siga al paciente. De esta forma, si el paciente es tratado en un hospital público la empresa pierde su cápita. No obstante, y como a nadie se le escapa, éste es simplemente un ingenuo mecanismo de “lavado de cara del sistema”, si se permite la expresión. Siempre le va a resultar mucho más rentable a la empresa privada concesionaria perder la cápita (que no llega a los 500 euros anuales como media en estos contratos) que costear los miles de euros que un tratamiento costoso o largo supondría. 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 evitable⁴⁷.

Estos riesgos se agravan todavía más cuando se intenta hacer a los propios profesionales sanitarios partícipes de ese ánimo de lucro. Efectivamente, otro aspecto polémico del proceso privatizador ha sido la inclusión como criterio de valoración de la participación de los profesionales del hospital en el accionariado de la empresa concesionaria. Supuestamente tiene por objeto involucrar a los profesionales en la gestión del centro, beneficiando la buena ejecución del servicio público. Para ello se establece una mayor puntuación a las empresas que presenten en su oferta un Plan de Adquisición de Acciones para Profesionales del Hospital. En principio, una primera lectura de esta medida puede ser positiva en la medida en que supone una mayor participación e implicación del personal en los órganos de gestión sanitaria. Sin embargo, si no va acompañada de determinadas cautelas puede ser interpretada como una perversión del sistema que introduce elementos extraños a los principios que rigen nuestro SNS. Nos podríamos encontrar ante un cuadro ciertamente inquietante: profesionales sanitarios que, en la medida en que se convierten en accionistas de las ganancias de su hospital, puedan caer en la humana tentación de reducir al máximo el número de pruebas diagnósticas o las pernoctaciones en el hospital con tal de disminuir los gastos y aumentar sus ganancias como empresarios.

45 Así lo expresa el Auto. Véase al respecto el blog de Juli PONCE SOLÉ, sobre “La privatización de la sanidad. El caso de Madrid: entre derecho, política, economía y buena administración”, en la página Web de la *Revista Catalana de Dret Públic* (fecha de última consulta: 17 de octubre de 2013. <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eape-rcdp/2013/10/02/la-privatizacion-de-la-sanidad-el-caso-de-madrid-entre-derecho-politica-economia-y-buena-administracion-%e2%80%93-juli-ponce/#more-641>).

46 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>

47 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.

Si el ánimo de lucro que inspira por su propia naturaleza la actividad empresarial se traslada directamente al profesional sanitario se podría acabar pervertiendo todo el sistema. Para generar el daño basta simplemente con que se forje en el paciente la duda respecto al deber que tiene el profesional sanitario de prestar una atención sanitaria adecuada a las necesidades de su salud o a su deber de usar racionalmente los recursos diagnósticos y terapéuticos a su cargo para evitar la infrautilización y la inadecuada utilización de los mismos. Si no se controla adecuadamente todo este mecanismo pueden quedar seriamente comprometidos algunos de los valores y principios que inspiran la ordenación del personal estatutario (art. 4 de la Ley 55/2003), tales como el principio de objetividad e imparcialidad en el desempeño de sus funciones; los valores de integridad y neutralidad en su gestión o el principio de transparencia de sus intereses y actividades privadas como garantía de su dedicación preferente a lo público.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Tal como ha podido apreciarse en las páginas anteriores, la concreción del derecho a la protección de la salud y su aplicación por parte de la Administración sanitaria plantean problemas muy complejos que exigen ser tratados meticulosamente.

La protección de la salud ha sido configurada por nuestra Constitución como un derecho de carácter prestacional, lo que exige el reconocimiento de unas prestaciones esenciales mínimas que limitarían la libertad de que dispone el legislador para su determinación en cada momento concreto. Aunque la determinación de este núcleo básico y mínimo es altamente dificultosa, ha de hacerse teniendo en cuenta el concreto modelo de Estado social en el que se inserta su reconocimiento, su estrecha relación con los derechos fundamentales, con la igualdad como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico y con la dignidad de la persona como valor humano e inviolable que constituye el fundamento de nuestro orden político y de nuestra paz social.

Para la plena efectividad de este derecho y la determinación de este núcleo mínimo, el legislador debería atender también a los parámetros que proporcionan los distintos textos de carácter internacional que ha suscrito el Estado Español y que nos resultan vinculantes. De ellos se derivaría al menos una importante línea roja que no debería ser traspasada: la atención sanitaria pública al inmigrante irregular.

Su expulsión del sistema público constituiría una medida regresiva prohibida expresamente por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en los términos antes mencionados.

Por lo demás, tampoco los amplios márgenes de libertad que tiene la Administración sanitaria a la hora de configurar este servicio público son ilimitados. El Derecho Administrativo ofrece importantes elementos para el control de la legalidad del ejercicio de su potestad autoorganizatoria. De este control judicial podemos derivar que el mero argumento del ahorro económico no parece que legitime sin más la adopción de políticas sanitarias de carácter regresivo. Es imprescindible su motivación y, en todo caso, que queden garantizadas las prestaciones médico-sanitarias incluidas en la cartera de prestaciones del Sistema Nacional de Salud. En este sentido, la jurisprudencia parece estar mostrando una especial sensibilidad hacia la protección de la salud como un derecho de “importancia singular” en virtud de su directa relación con algunos derechos fundamentales.

6. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.
- APARICIO TOVAR, Joaquín, *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Madrid, 1989.
- 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 Territoires*, dossier 3, 2004. URL: <http://developpementdurable.revues.org/1165>;
- BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, “El Real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud. Análisis crítico en relación con los derechos ciudadanos y las competencias autonómicas”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 3/2012 (Tribuna).
- 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.

- 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.

- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, “El debate sobre la externalización y el número de funcionarios en nuestras Administraciones Públicas”, capítulo del libro *Crisis económica y Función Pública*, dirigido por FUENTETAJA PASTOR y CANTERO MARTÍNEZ, Tecnos, Madrid, 2012.

- 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.

- COBREROS MENDAZONA, 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.

- 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.

- DEL REY GUANTER, Salvador, “El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional”, en *Derechos y Libertades*, nº 6, 1998.

- DOYAL, Len y GOUGH, Ian, *Teoría de las necesidades humanas*, Icaria, Barcelona, 1994.

- FERNÁNDEZ PASTRANA, José María, en *El servicio público de la sanidad: el marco constitucional*, Civitas, Madrid, 1984.

- 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.

- GARRIDO CUENCA, Nuria, “La igualdad y

cohesión del Sistema Nacional de Salud. La protección de la salud en el modelo autonómico”, *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.

- GARRIDO CUENCA, Nuria, “La titularidad de los derechos sociales y de ciudadanía en los nuevos Estatutos de Autonomía, y en particular del extranjero”, en *Derechos sociales y Estatutos de autonomía. Denominaciones de origen. Nuevo Estatuto del PDI universitario*, Lex Nova, Valladolid, 2009.

- 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.

- JIMENA QUESADA, Luis, y TOMÁS MALLÉN, Beatriz, “Hacia un estándar europeo común de igualdad: la contribución del Comité Europeo de Derechos Sociales”, en la *Revista de Derecho Político*, núm. 68, 2007.

- JIMENA QUESADA, L.: *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. Sistema de reclamaciones colectivas 1998-2005*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

- 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.

- MENENDEZ 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.

- MONEREO PÉREZ, José Luis, “La política social en el Estado del Bienestar: Los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de des-

mercantilización” en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Julio-Septiembre de 1995.

- OLIVA, Juan, PEIRÓ, Salvador y PUIG-JUNOY, Jaume, “Sistema Nacional de Salud y propuesta de reformas: más allá del ruido y la furia”, en la revista *Derecho y Salud*, vol. 23, número extraordinario del XXII Congreso de la Asociación de Juristas de la Salud, 2013, págs. 6 y 7 (el número puede consultarse en <http://www.ajs.es/revista-derecho-y-salud>).

- 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.

- PAREJO ALFONSO, Luciano, *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

- PAREJO ALFONSO, Luciano, “El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la “crisis” de las prestaciones y los servicios públicos”, *Revista de Administración Pública*, nº 153, 2000.

- 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.

- 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.

- 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.

- PEMÁN GAVÍN, Juan María, Prólogo al *Tratado de Derecho Sanitario*, tomo I, dirigido por Alberto Palomar Olmeda y Josefa Cantero Martínez, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013.

- 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.

- PONCE SOLÉ, Juli, “La privatización de la sanidad. El caso de Madrid: entre derecho, política, economía y buena administración”, en la página Web de la *Revista Catalana de Dret Públic*, 2013, <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2013/10/02/la-privatizacion-de-la-sanidad-el-caso-de-madrid-entre-derecho-politica-economia-y-buena-administracion-%e2%80%93juli-ponce/#more-641>).

- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad social”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 22, 1995.

- 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.

- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, *Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico*, Documento de trabajo 89/2006, Laboratorio de Alternativas.

- VAQUER CABALLERÍA, Marcos, “Derechos sociales, crisis económica y principio de igualdad”, *Informe Comunidades Autónomas 2011*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2012.

