

REFLEXIONES ACERCA DE LA OPORTUNIDAD (NECESIDAD) DE TRANSFORMAR EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN UN VERDADERO DERECHO FUNDAMENTAL CON OCASIÓN DE LA CELEBRACIÓN DEL CUADRAGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN

Federico de Montalvo Jääskeläinen
Profesor propio agregado de D.º Constitucional
UPCOmillas (ICADE)

SUMARIO: 1. Introducción; 2. La eficacia de los derechos sociales: la novedad de un viejo debate; 3. La huida del derecho público y su impacto en los derechos sociales; 4. Empoderamiento del intérprete de la constitución y consiguiente debilitamiento del derecho a la protección de la salud: las razones de la paradoja; 5. Eficacia del derecho a la protección de la salud y división de poderes; 6. El derecho a la protección de la salud como conquista social: a vueltas con la reversibilidad e irreversibilidad; 7. ¿Es necesario reformar la Constitución para incluir una forma equilibrada, pero efectiva, de control constitucional del derecho a la protección de la salud?

RESUMEN

La celebración de los cuarenta años de la Constitución y, sobre todo, la limitación que la reciente crisis económica parece haber provocado en las prestaciones sanitarias, ha reavivado el debate de la naturaleza de tal derecho como mero derecho social, de su reversibilidad y de los poderes de configuración del mismo por parte del Legislativo y Ejecutivo. En este trabajo planteamos que dotar de verdadera eficacia al derecho a la protección de la salud no exige una reforma constitucional que ubique a dicho derecho entre los que reciben la condición de fundamentales, sino que basta con aplicar las reglas que permiten en nuestro sistema constitucional un control de las

decisiones públicas que afecten a tal derecho. Los principios de racionalidad formal y material y el principio de protección frente a la vulnerabilidad pueden operar como reglas de control no robusto, pero en absoluto poco eficaces, de las decisiones adoptadas por los poderes legislativo y ejecutivo en interpretación y desarrollo de tal derecho, sobre todo, en la medida que conecta con las condiciones mínimas de participación en el modelo democrático.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la protección de la salud, crisis económica, derechos fundamentales, derechos sociales, división de poderes, principio de proporcionalidad.

ABSTRACT

The celebration of the forty years of the Constitution and, above all, the limitation that the recent economic crisis seems to have caused in healthcare services, has revived the debate on the nature of this right as a mere social right, its reversibility and of the powers of configuration thereof by the Legislative and Executive. In this paper we propose that providing the right to healthcare with real efficacy does not require a constitutional reform that places this right among those who receive the status of fundamental, but it is enough to apply the rules that allow our constitutional system a control of public decisions that affect such right. The principles of formal and material rationality and the principle of protection from vulnerability can operate as non-robust but not ineffective control rules of the decisions taken by the legislative and executive powers in the interpretation and development of such right, on everything, to the extent that it connects with the minimum conditions of participation in the democratic model.

KEYWORDS

Right to healthcare, economic crisis, fundamental rights, social rights, division of powers, principle of proportionality.

1. INTRODUCCIÓN

Los derechos sociales, y entre ellos, singularmente, el derecho a la protección de la salud, desde su misma incorporación a la parte dogmática de las Constituciones, parecen encontrarse en búsqueda permanente de su verdadera eficacia. El debate acerca de la verdadera eficacia de los derechos sociales no es, por tanto, nuevo ni surge con ocasión del repaso general al texto constitucional que suele provocar la celebración de uno de sus aniversarios, en nuestro caso, los cuarenta años desde su aprobación. Los derechos sociales vuelven a ser objeto de un tratamiento intenso por parte de la doctrina, y ello, casi con exclusividad, debido a las consecuencias que sobre ellos ha tenido la crisis económica que se inicia a finales de la pasada década y cuyas consecuencias siguen apreciándose hoy en nuestra sociedad.

En este debate surgen diferentes propuestas relacionadas con el problema de la eficacia de los derechos sociales. Muchas de estas iniciativas, aprovechando el propio debate sobre la oportunidad de una reforma constitucional, postulan diferentes alternativas de revisión que, como iremos viendo, van desde una incorporación de los derechos sociales o, al

menos, algunos de ellos a la categoría de derechos fundamentales, lo que se ha denominado gráficamente, la subida a un escalón o nivel superior de los derechos sociales, hasta una mera reforma del tenor del artículo 53 de la Constitución o del artículo 135 en relación a una más amplia limitación del principio de estabilidad presupuestaria. Entre ellos, el derecho a la protección de la salud se convierte en el ejemplo paradigmático.

Y si bien el derecho a la protección de la salud plantea, desde la perspectiva, fundamentalmente, de la división de poderes, problemas para investirle de una eficacia idéntica a la de los derechos y libertades tradicionales, ello no puede significar que su eficacia tenga que acabar subyugada a la mera voluntad de la mayoría parlamentaria, sin que los Tribunales de Justicia y, en especial, el Tribunal Constitucional puede ejercer un control sobre tales decisiones. Sin embargo, también consideramos, como trataremos de justificar a lo largo del trabajo, que tal implementación de una mayor eficacia y, por ende, facultad de control por parte de los Tribunales no exige de una reforma del texto constitucional, sino, antes al contrario, de que aquéllos lleven a cabo una correcta interpretación de tal derecho y de la propia Constitución *in toto*. Así, consideramos que el ordenamiento constitucional y la propia doctrina del Tribunal Constitucional ofrecen herramientas jurídicas suficientes para llevar a cabo un control más intenso de los derechos sociales y, especialmente, de aquellos que, bien por conectar más intensamente con la dignidad y los derechos fundamentales, bien por constituir precondiciones materiales mínimas para hacer efectiva la posibilidad de participar efectivamente en el procedimiento democrático, admitirían un control más intenso o robusto del que ha venido ejerciendo el Tribunal Constitucional en los últimos años, como sería el caso del derecho a la protección de la salud. El problema no está pues en el propio texto constitucional, sino en la interpretación que ha hecho el Alto Tribunal.

2. LA EFICACIA DE LOS DERECHOS SOCIALES: LA NOVEDAD DE UN VIEJO DEBATE

La dificultad que encuentran los derechos sociales para alcanzar su plena eficacia, en términos equiparables o similares a los que ostentan los derechos fundamentales, quizás sea en parte debido a que su recepción en los textos constitucionales se produjera mucho más tardíamente que la de las libertades

fundamentales¹. Como nos recuerda Escobar Roca, la proyección del Estado social sobre los derechos fundamentales se ha movido en una doble dirección, para garantizar que determinadas actuaciones de los trabajadores cuya finalidad es luchar por la mejora de sus condiciones de vida queden protegidas de intromisiones externas, al modo de los derechos de libertad, y para concretar las prestaciones que el Estado debe satisfacer en su obligación de luchar por la igualdad material, suministrando a todos los ciudadanos la llamada procura existencial. Sin embargo, si bien las libertades sindicales y de huelga han encontrado fácil acomodo en los textos constitucionales (quizás por disponer de una naturaleza y características similares a las de las libertades tradicionales), y más aún cuando se vencieron los temores a la eficacia de los derechos en las relaciones entre particulares, no sucede lo mismo con los derechos de prestación, cuyo reconocimiento suele resultar controvertido². Como puede verse, y como nos recuerda Pérez-Luño, la expresión derechos sociales no posee un significado unívoco, englobando categorías muy heterogéneas cuyo único punto común de referencia viene dado por su tendencia a pormenorizar las exigencias que se desprenden del principio de la igualdad³.

El debate sobre la verdadera eficacia y fuerza vinculante de los derechos sociales es pues antiguo, pero ha recobrado cierta actualidad en nuestra doctrina como consecuencia de la crisis económica y de las medidas de estabilidad presupuestaria que ésta ha conllevado y su impacto inmediato en la eficacia de muchos de los derechos sociales y, singularmente, en el derecho a la protección de la salud. Se ha denunciado, incluso, la discordancia entre la lógica immanente al discurso de los derechos, fundado en su organicidad e indivisibilidad, dada la conexión de los derechos sociales y, singularmente, de algunos de ellos como el derecho a la salud o a la vivienda con los derechos consagrados por la Constitución

como fundamentales⁴. Así, resultaría incongruente, desde la perspectiva de una interpretación sistemática e integradora del texto constitucional, negarles verdadera fuerza normativa y, por ende, vinculante a los derechos sociales cuando los mismos conectan directamente con muchos derechos fundamentales y libertades públicas. Se dice también que el carácter fundamental o no del derecho no puede establecerse a partir de su ubicación constitucional, sino por la importancia de los bienes que protege y por su conexión con la dignidad humana⁵ y, siendo ello jurídicamente razonable, tampoco podemos olvidar los términos en los que se expresa el artículo 53 en sus tres apartados. No es tanto la ubicación cuanto el tenor literal del citado artículo el que determina un tratamiento necesariamente diferenciado.

Las amplias facultades que se reconocen al legislador y al propio ejecutivo como consecuencia de la inclusión de los derechos sociales dentro de nuestro sistema constitucional en la categoría de principios rectores, no han estado nunca exentas de cierto recelo y crítica, por parte, fundamentalmente, de los sectores más firmemente defensores de un modelo de justicia basado en los derechos sociales, inquietados por las consecuencias que en determinados momentos de inestabilidad económica ello pudiera conllevar. Sin embargo, la crisis transformó, en cierto modo, los temores en realidad, enfrentándonos, en palabras de algunos, a un verdadero desmoronamiento del Estado social, con la transformación de éste en una modalidad de Estado liberal o, más acertadamente, un nuevo Estado neoliberal, con el consiguiente impacto en los derechos sociales como máxima expresión de aquél.

Es cierto que en este nuevo marco que se desarrolla como consecuencia de la crisis el Estado no desaparece del mercado, antes al contrario, la crisis le obliga a retomar la intervención a través de la regulación del sector financiero. Este queda ya sujeto a mayores exigencias legales. El *laissez faire* instaurado por el neoconservadurismo promovido por la denominada, en referencia a sus orígenes primigenios en la Presidencia de Ronald Reagan, *reaganomía* (*reaganomics*), se convierte en el responsable directo de la crisis de manera que el Estado recupera un papel

1 Incluso, se ha apuntado que los problemas de fundamentación y eficacia normativa de los derechos sociales responde también a que la Constitución de los Estados Unidos de América no los incluyó, lo que ha supuesto un déficit de debate académico y jurisprudencial en un modelo constitucional con gran influencia sobre el resto. Vid. GARGARELLA, R. (2015). "Prólogo", en MORALES, L. (2015), *Derechos sociales constitucionales y democracia*, Madrid, Marcial Pons, p. 18.

2 ESCOBAR ROCA, G. (1998-1999). "Derechos fundamentales: una aproximación general", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá de Henares*, núm. VIII, p. 132.

3 PEREZ LUÑO, A.E. (2005). "Los derechos sociales y su status normativo en la Constitución Española", *Documentación Administrativa*, núm. 271-272, p. 16.

4 MARTÍN MARTÍN, S. (2017). "Sozialstaat y derechos sociales en el trance constituyente (1977-1981)", en BARRERO ORTEGA, A., (Coord.). *Derechos sociales. Lecturas jurídicas en tiempos de crisis*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 14.

5 HERREROS LÓPEZ, J.M. (2011). "La justiciabilidad de los derechos sociales", *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, núm. 1, julio-diciembre 2011, p. 83.

protagonista, si bien, más como regulador y supervisor que como verdadero impulsor de la economía en los términos que postulaba el modelo keynesiano. El Estado en reacción a la crisis pasa de ofrecer prestaciones, actuando directamente, a dirigir. El Estado, si bien reafirma su responsabilidad última por las condiciones de vida en sociedad, es decir, el bien común, cumple su misión de configuración social desde el postulado de la posibilidad de renuncia a la ejecución por sí mismo de determinadas tareas sobre la base de la confianza en la capacidad autorreguladora de la sociedad. Pero en el bien entendido de que no hay en ello privatización, ni formal, ni material, sino – todo lo más – funcional y ni siquiera hay tampoco una radical transformación de la actividad ejecutivo-administrativa tradicional o establecida⁶. El Estado prestacional clásico del Estado social se transforma en Estado garante⁷.

Al mismo tiempo que el Estado vuelve a hacer acto de presencia en los mercados financieros, desaparece de los derechos sociales, o, al menos, cede su protagonismo a favor de los agentes privados, ya que el crecimiento imparable de la prima de riesgo y de los intereses de la deuda pública contraída para sostener tales derechos hace temer por la propia sostenibilidad del modelo. Se produce, por tanto, un doble efecto: más Estado en los mercados, aunque sea regulatoriamente, pero menos Estado en los derechos sociales o, al menos, en alguno de ellos.

La reducción del gasto público al que hemos asistido en los últimos años no es debido únicamente a una mejora en la gestión y en el uso de los recursos económicos, sino también a una reducción en la propia inversión pública. Un ejemplo paradigmático de ello, por el importe de gasto que supone y por su directa conexión con uno de los principales derechos sociales es el gasto público en el sistema público de salud que, frente a representar un 6,4 por ciento del PIB en 2011 ha pasado al 6,1 por ciento en 2015, siendo el gasto en euros por habitante de 1.458 en aquél y 1.412 en 2015⁸.

Sin embargo, esta crisis del Estado social no proviene de factores externos. Es estrictamente un

problema de sostenibilidad, de mantenimiento de los flujos financieros. Las amenazas que se ciernen no proceden de proyectos alternativos ni de posiciones críticas, ya que las realizaciones del propio Estado social las desactivaron hace tiempo. La plena compatibilidad de un modelo economía de mercado con un Estado asistencial que cubre las disfunciones, desigualdades y las marginaciones que ese mercado puede generar se ha impuesto en Occidente hasta hacer hoy de él un rasgo característico de la cultura occidental. Las únicas objeciones que se hacen al Estado social no son a sus fundamentos, sus valores, objetivos o logros, sino a su propia estructura organizativa, a sus fuentes de financiación. Se constatan unos hechos y se advierten unos factores que amenazan a su propia sostenibilidad, entre los que destacan, resumidamente, su elevado coste, el difícil equilibrio entre eficiencia y equidad, ya que se necesita, para la redistribución de riqueza, tener en pleno funcionamiento el sistema productivo, la evolución demográfica y, por último, la globalización⁹.

En este contexto de dudas sobre la sostenibilidad del Estado social y la consiguiente crisis de los derechos sociales se vienen a desarrollar por la doctrina nuevas estrategias que permitan dotarles de mayor fuerza vinculante, tratando de delimitar un verdadero contenido normativo. Entre estas estrategias destaca, singularmente, la de la reforma constitucional, a través de la cual sedeslindarían dentro de los principios rectores aquellos que por su naturaleza y directa conexión con alguno de los derechos fundamentales exigieran un trato normativo distinto, reforzando su *fundamentalidad*. Tal deslinde provocaría que, al menos, en palabras de sus proponentes, el contenido esencial del derecho social quedara protegido frente a las decisiones del legislativo y del ejecutivo. Se buscaría no conquistar el derecho social en su plenitud, sino, al menos, algunos de sus rasgos esenciales¹⁰. En todo caso, las propuestas que se orientan en este sentido son muy cautas, porque se parte de la premisa de que un reconocimiento amplísimo de derechos puede acabar desvirtuando o degradando su mismo carácter “fundamental” ante las dificultades posteriores para su garantía efectiva en la realidad de las cosas y con mayor razón en tiempos de crisis financiera y

6 PAREJO ALFONSO, L. (2015). “Estado y procesos de cambio. Del Estado prestacional al garante de la prestación”, *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 33, diciembre, p. 85.

7 ESTEVE PARDO, J. (2015). *Estado garante. Idea y realidad*, Madrid, INAP, p. 8.

8 Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (2015). *Estadística de Gasto Sanitario Público*, Madrid, p. 2.

9 ESTEVE PARDO, J. (2015). *Estado garante. Idea y realidad*, op. cit., pp. 16 a 18.

10 BARRERO ORTEGA, A. (2017). “A vueltas con la exigibilidad de los derechos sociales”, en BARRERO ORTEGA, A., (Coord.). *Derechos sociales. Lecturas jurídicas en tiempos de crisis*, op. cit., pp. 82 y 83. Vid., también, GARCÍA ROCA, J., (2014). *Pautas para una reforma constitucional*, Madrid, Aranzadi, pp. 37 a 43.

equilibrio presupuestario. Los reconocimientos constitucionales no pueden inducir a error o confusión a los ciudadanos y generar falsas expectativas que no pueden cumplirse. Las propuestas responden a la prudencia, desechándose la posibilidad de hacer desaparecer la gradación en tres escalones que el artículo 53 CE establece, nivelando e igualando todas las garantías. Se opta, más bien, porque algún principio ascienda al escalón de los derechos, comunicando los tres escalones mediante la reforma¹¹. Para ello, se propone atender a dos criterios: a) su reconocimiento expreso en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo que sucede, por ejemplo, con alguno de los actualmente denominados “Derechos y deberes de los ciudadanos”, en concreto, *el derecho al matrimonio (artículo 32 CE) y el derecho a la propiedad privada (artículo 33 CE)*. De esta manera, el Tribunal Constitucional podría pronunciarse sobre estos asuntos, con carácter previo al TEDH, por la vía del recurso de amparo, impidiendo un peligroso acceso a Europa *per saltum* y carente de diálogo con nuestra jurisprudencia constitucional. Asimismo se evitaría después, en la fase descendente tras recaer la decisión en Estrasburgo, que el Tribunal Constitucional se vea obligado a hacer piruetas como la realizada en la STC 51/2011, en la que acaba otorgando el amparo por vulneración de un derecho al matrimonio, teóricamente no susceptible de amparo, acudiendo al expediente de ponerlo en conexión con otros derechos conexos; b) su desarrollo legal y reglamentario tan intenso desde la aprobación de la Constitución que los haya transformado, *ope legis*, en verdaderos derechos prestacionales universalmente garantizados¹².

Entre tales derechos que avanzarían en el escalón destaca singularmente uno, el derecho a la salud, planteando más problemas otorgar un trato similar al derecho al trabajo, imposible de garantizar en un sistema de economía libre en lo que pudiera referirse al acceso a un trabajo determinado, y a salvo de lo que pudiera ser una cláusula meramente programática que garantice a lo más un compromiso público por una política de pleno empleo, o el derecho al medio ambiente, dado que se trata de un bien colectivo que trasciende al interés de cada individuo¹³.

Desde una perspectiva más política que jurídica, se propone, en términos similares a los ya comentados, distinguir dos niveles de derechos sociales. Así, Morales trata de desgajar algunos derechos sociales del marco de los meros principios rectores, admitiendo así un control robusto por parte de los Tribunales, acudiendo, a tal fin, al principio de Estado democrático y no tanto al principio de justicia que encarnaría el Estado social. Señala Morales que el principio de Estado democrático exige la participación activa de todos los ciudadanos, de manera que éstos deben disfrutar de un mínimo de condiciones de vida que hagan factible tal participación. En defecto de la provisión de tales condiciones, se incumple el presupuesto que permite tildar al Estado como democrático. Si la noción de democracia procedimental exige el respeto por la participación política efectiva de todos los miembros del cuerpo político, éstos deben estar en condiciones materiales de ejercer realmente ese derecho. El primer paso, pues, para defender la justificación democrática del establecimiento de un primer nivel de derechos sociales en los que se admitiría un control robusto en garantía de la propia democracia consistiría en asociar la necesidad de garantizar ciertas precondiciones materiales con la posibilidad de participar efectivamente en el procedimiento democrático¹⁴. No es posible hablar de un auténtico Estado de derecho si éste no es democrático, y para que lo sea realmente, los ciudadanos deben gozar de un mínimo vital que preserve su dignidad y les permita participar, en la práctica del mundo real, en el juego democrático¹⁵.

El primer nivel de los derechos sociales, en el que se admitiría el citado control robusto, estaría integrado por las precondiciones materiales del procedimiento democrático, esto es, aquellas exigencias sociales cuya garantía es necesaria para la existencia de instituciones democráticas que funcionan bien. Entre estas precondiciones, se incluyen el cuidado médico primario a los que carecen de los necesarios recursos materiales¹⁶.

Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado, vol. I, Madrid, CEP, pp. 391 a 395. Vid., también, BARRERO ORTEGA, A. (2017). “A vueltas con la exigibilidad de los derechos sociales”, en BARRERO ORTEGA, A., (Coord.). *Derechos sociales. Lecturas jurídicas en tiempos de crisis*, op. cit., p. 86.

14 MORALES, L. (2015). *Derechos sociales constitucionales y democracia*, op. cit., p. 303.

15 PONCE SOLÉ, J. (2017). “Reforma constitucional y derechos sociales: La necesidad de un nuevo paradigma en el Derecho público español”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 111, septiembre-diciembre, p. 70.

16 MORALES, L. (2015). *Derechos sociales constitucionales y democracia*, op. cit., p. 304.

11 *Ibidem*, pp. 39 y 40.

12 GARCÍA ROCA, J. (2014). *Pautas para una reforma constitucional*, op. cit., pp. 39 y 40.

13 Vid., en especial, SIMÓN YARZA, F. (2011). *Medio ambiente y derechos fundamentales*, Madrid, CEP. En contra de dicha negación del carácter de derecho fundamental, EM-BID IRUJO, A. (2016). “En la hipótesis de una reforma constitucional, el derecho al medio ambiente debería caracterizarse como derecho fundamental”, en BAÑO LEÓN, J.M., (Coord.).

En el segundo nivel de los derechos sociales estarían aquellos cuyo alcance queda sujeto a desacuerdos fundacionales respecto de cuál es la mejor teoría de la justicia social que debe regular la distribución de los recursos materiales en la sociedad correspondiente y en los que, por tanto, la tutela dependería ya de lo que la mayoría decida en el proceso político. El control en relación a estos derechos no podría ser robusto y quedaría vinculado a la decisión del legislador¹⁷. La distinción entre los dos niveles de derechos sociales y el umbral que separa unos de otros se establecería a partir de la concreción de las exigencias sociales que están instrumentalmente vinculadas al funcionamiento del procedimiento democrático legítimo en un momento dado. No se trata, por tanto, de una distinción estática, sino de una línea móvil en función del desarrollo de los instrumentos (véase, por ejemplo, tecnológicos) que facilitan la participación política¹⁸.

En el mismo marco de la reforma constitucional, pero ya no en relación con la modificación del catálogo de los principios rectores, se ha propuesto también la inclusión de un principio de sostenibilidad social como límite a los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública en relación a lo dispuesto por el artículo 135 en su apartado 4¹⁹, el cual completaría los tres ya previstos en el mismo (véase, catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado). Incluso, se ha formulado ya un texto constitucional, no precisamente breve y conciso, que a través de la reforma permitiría garantizar el principio de no regresividad de los derechos, mediante la incorporación de un nuevo apartado al controvertido artículo 53 de la Constitución: “*Todas las medidas normativas que supongan una regresión en el contenido, eficacia, protección y garantía de los derechos de ámbitos socioeconómico: a) Deberán justificarse plenamente en referencia a la totalidad de los derechos, valores y principios recogidos en la Constitución y en los tratados internacionales suscritos por el Estado español y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga; b) Se aplicarán tras el examen más exhaustivo*

de todas las alternativas posibles; c) Tendrán en todo caso carácter temporal hasta que las circunstancias económicas permitan restablecer el ámbito material de contenido, eficacia, protección y garantía preexistente de los derechos sociales afectados; d) En todo caso respetarán el contenido mínimo esencial de los derechos sociales como manifestación de la dignidad humana.; e) Serán razonables y estarán suficientemente motivadas; f) No vulnerarán, entre otros, los principios de seguridad jurídica, confianza legítima, no discriminación e irretroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales; g) Respetarán los principios de solidaridad, cohesión y sostenibilidad social; h) A la hora de su aprobación se ha de justificar que las medidas adoptadas pretendan un fin constitucionalmente legítimo y sean proporcionadas, debiéndose demostrar además que con carácter previo se han adoptado medidas que hayan supuesto restricciones en otros gastos no su-peditados a la eficacia de mandatos constitucionales específicos de índole social”²⁰.

También, se promueven fórmulas que, al margen de la reforma constitucional, permitan un control, aunque sea débil o moderado, de los derechos sociales por parte del Tribunal Constitucional, sobre todo, para aquellos casos de inconstitucionalidad por omisión, cuando se haya producido una falta de desarrollo o un desarrollo defectuoso por parte del legislador durante un tiempo prolongado. Así, el Tribunal, apreciado tal déficit, declararía la inconstitucionalidad sin nulidad de la actuación del Parlamento, lo que actuaría materialmente como una llamada a éste para que proceda a la subsanación, manteniendo cierto margen de decisión. Estas fórmulas se han implantado en varios países de nuestro entorno, y no sólo en lo que se refiere a los derechos sociales, sino también en relación con los derechos y libertades en general, cuando la concreta división de poderes ha promovido un modelo asentado en la supremacía del Parlamento que encuentra difícil encaje en un modelo de democracia constitucional. Así, Estados en los que se han recogido fórmulas que permiten al Parlamento salvar las objeciones presentadas por parte de la Justicia Constitucional son Países Bajos y Suecia. En el primero, los jueces no pueden anular una Ley, pero sí formular su parecer interpretativo sobre ella, frente a lo que el Parlamento puede emitir una Ley interpretativa que rechace la interpretación judicial. Por su lado, en Suecia, para enmendar un catálogo

17 *Ibidem*, pp. 309 y 356 y 357.

18 *Ibidem*, p. 310.

19 BARRERO ORTEGA, A. (2017). “A vueltas con la exigibilidad de los derechos sociales”, en BARRERO ORTEGA, A., (Coord.). *Derechos sociales. Lecturas jurídicas en tiempos de crisis*, op. cit., p. 84.

20 AGUDO ZAMORA, M. (2017). “El principio de no regresividad de los derechos sociales en el ordenamiento constitucional español”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100, septiembre-diciembre, p. 877.

de derechos que goza de protección constitucional, se puede aprobar una ley, pero en dos votaciones distintas con nueve meses de distancia. Por último, en el Reino Unido, tras la aprobación de la *Human Rights Act* de 1998, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico británico la Convención Europea de Derechos Humanos y la doctrina emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se establece que cuando un Juez considere que una norma del Parlamento contradice su contenido (declaración de incompatibilidad), la norma sigue aplicándose hasta que el Parlamento la modifique o derogue. Sin embargo, también se admite que el Parlamento no haga nada al respecto, por lo que la norma incompatible no se verá afectada por la decisión judicial. Tal declaración no tiene, en consecuencia, un verdadero valor jurídico de manera que pudiera producir la nulidad o expulsión del ordenamiento de la norma, pero sí promueve el diálogo interorgánico entre Parlamento y el Tribunal en orden a lograr una modificación normativa que salve dicha incompatibilidad. Dentro de nuestra doctrina, Linares se ha mostrado como un firme partidario de estas fórmulas como mecanismo que permite crear un diálogo entre los diferentes poderes públicos²¹.

En todo caso, como decíamos al comienzo, y al margen de la actualidad que cobran los derechos sociales, como lo cobra la propia Constitución en la celebración tan relevante, al menos, numéricamente, la anunciada crisis de los derechos sociales no puede afirmarse que sea fruto de la reciente etapa de inestabilidad económica, sino que, en cierto modo, se inicia unas décadas atrás por diferentes razones. A ello podría añadirse que tampoco los derechos sociales encontraron nunca un acomodo real y efectivo en las Constituciones, más que como meras guías programáticas de los poderes públicos, en un texto que a partir del siglo XX se caracterizará por tener el valor de normativo, pese que, no hay que olvidar que aquélla es una norma que incorpora en mayor medida que las restantes normas principios y no sólo reglas. Como nos recuerda Nieto, siguiendo a Heller, sin la presencia de los principios no se pueden comprender ni interpretar ni aplicar la mayoría de los preceptos positivos del Derecho Constitucional. La mayoría de las normas contenidas en la Constitución y, sobre todo, las más importantes, cobran únicamente un sentido practicable cuando se ponen en relación con los principios jurídicos que son expresión de la

estructura social²². E, incluso, para Zagrebelsky sólo los principios desempeñan un papel propiamente constitucional, es decir, constitutivo del orden jurídico. Sin embargo, los principios rectores, es decir, los derechos sociales quedan incorporados a una categoría que no parece corresponderse con la clásica de reglas ni siquiera con la tradicional de principios, ostentando, incluso, menos operatividad que la de éstos últimos. Son un *tertiumgenus* que ni goza de la fuerza jurídica de las reglas ni de la tradición de muchos de los principios constitucionales que gozan de mayor operatividad que los derechos sociales aunque su eficacia sea igualmente mediata. La apelación a que tienen una estructura lógica diferente a los derechos civiles y políticos debido a que involucran costes imposibles o difíciles de determinar y cierta insaciabilidad peligrosa para la estabilidad económico del Estado es harto frecuente²³.

Para concluir, simplemente recordar, como un ejemplo más de la difícil naturaleza de los derechos sociales, que su relación con la libertad como principio y derecho es también harto compleja. Los derechos sociales suponen, sobre todo, los que se constituyen en demandas de prestación para el Estado, en verdaderos límites a la libertad, en atención a que su satisfacción exige detraer recursos de determinado grupo de ciudadanos para destinarlos a las demandas de otros. Sin embargo, constituyen, al mismo tiempo, posibilidades efectivas de libertad ya que ésta no puede ser entendida sin un mínimo de condiciones económicas que permitan ejercerla. La libertad frente al Estado propia del viejo Estado liberal no parece que pueda seguir ya sosteniéndose, de manera que se alza ahora un concepto de libertad con ayuda del Estado²⁴.

3. LA HUIDA DEL DERECHO PÚBLICO Y SU IMPACTO EN LOS DERECHOS SOCIALES

Ya en los ochenta surge un debate acerca de la ineficacia de los viejos modos de gestión pública,

22 NIETO, A. (1983). "Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional", *RAP*, núm. 100-102, enero-diciembre, p. 390.

23 MORALES, L. (2015). *Derechos sociales constitucionales y democracia*, op. cit., p. 35.

24 GORDILLO PÉREZ, L. I. (2013). "La garantía de los derechos sociales en un contexto de crisis y políticas de austeridad", *Nuevas Políticas Públicas: Anuario Multidisciplinar para la Modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 8, p. 80.

21 LINARES, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, p. 22.

exigiéndose por algunos sectores avanzar hacia nuevas formas de gestión, lo que en el plano del Derecho fue tildado como la huida del Derecho público. Esta huida supone la incorporación de formas de gestión privada en el ámbito de las actividades y funciones públicas, siendo un ejemplo paradigmático de ello en nuestro ordenamiento jurídico la Ley 5/1996, de 10 de enero, de creación de determinadas entidades de derecho público, tildada por algunos, más con ideología que con técnica jurídica, como el acta de defunción de la empresa pública española.

Tal huida que cobra especial impulso en la última década del siglo XX no supone, directamente, un debilitamiento mayor de la propia débil posición inicial de los derechos sociales. No se huye del Derecho público para alterar la eficacia y operatividad de los derechos sociales (la reciente Ley 40/2015, que viene a sustituir a la LOFAGE señala en su Preámbulo que *“suprimiendo las especialidades que, sin mucha justificación, propiciaban la excepción de la aplicación de controles administrativos que deben existir en toda actuación pública, en lo que ha venido en denominarse la «huída del derecho administrativo».* La flexibilidad en la gestión ha de ser compatible con los mecanismos de control de la gestión de fondos públicos”), pero indirectamente se produce dicho efecto al trasladarse del ámbito de gestión directa por parte de los poderes públicos determinadas prestaciones y servicios públicos que, sin perjuicio de la potestad de control y ordenación que se mantiene en manos públicas, quedarán ya en cierto modo sujetos a la exigencia del ánimo de lucro y, por ende, de la rentabilidad, empezando a operar como meras prestaciones del libre mercado. El paradigma de la economía de mercado y de la libre competencia se asienta en todos los ámbitos, incluidos aquellos que habían quedado relegados al ámbito público, constituyendo muchas de las prestaciones a las que afecta verdaderas expresiones de derechos sociales (educación, sanidad, servicios sociales, etc). La citada Ley 5/1996 señala, de manera muy reveladora, que *“la racionalización del sector público es, pues, un proceso continuo cuyo fin último no es otro que la obtención de mayor eficiencia ... Este objetivo de eficiencia también exige distinguir, funcionalmente, las actividades sometidas a una regulación comunitaria específica de aquellas otras que actúan en mercados de libre competencia. Lejos, pues, de volver a concepciones ya superadas, se pretende configurar un sector público menos diversificado, que concentre sus esfuerzos en grupos industriales potentes de titularidad nacional y, sobre todo, más competitivo. Porque un sector público rentable económicamente, también lo es socialmente. Y*

la rentabilidad social de la empresa pública exige adoptar cuantas medidas favorezcan el aumento de su eficiencia y competitividad”.

A todo lo anterior ayuda la propia evolución de la Unión Europea que se asienta desde sus propios comienzos en el principio de la libre competencia como clave de bóveda del nuevo modelo de organización supranacional. Esta libre competencia vendrá a informar en contra de la intervención con carácter general de los poderes públicos en la actividad económica, so pena de competir deslealmente con los operadores privados, salvo aquellos casos en los que la reserva de servicio público viniera jurídicamente justificada. Así, Fernández Rodríguez nos recordaba hace años que el motor que impulsó el viraje del Derecho público al privado o, lo que es lo mismo, del sector público al mercado fue el ordenamiento europeo que terminó barriendo la ideología que alimentó desde la crisis económica del 29 el intervencionismo del Estado en la economía y el consiguiente protagonismo del sector público estatal. Y así, lo que nació sin una ideología concreta, acabó por responder a un ideario muy concreto y muy claramente definido, el de la economía de mercado abierta y de libre competencia²⁵. El artículo 4.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea así lo expresaba: *“Para alcanzar los fines enunciados en el artículo 2, la acción de los Estados miembros y de la Comunidad incluirá, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado, la adopción de una política económica que se basará en la estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros, en el mercado interior y en la definición de objetivos comunes, y que se llevará a cabo de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia”.*

Entregados los servicios y prestaciones públicas a las manos de sector privado, ya sea en su fórmula real o en la de Estado sumergido, como expresara muy visualmente el profesor Nieto, la operatividad de muchos derechos sociales quedará, en ocasiones, al albur de su rentabilidad. No se produce una privatización de los servicios públicos, pero la privatización de la gestión introduce una conciencia de reducción del coste y gastos que no había presidido tan intensamente el actuar de la Administración.

25 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (1996). “Empresa pública y servicio público: el final de una época”, REDA, núm. 89, p. 216.

4. EMPODERAMIENTO DEL INTERPRETE DE LA CONSTITUCIÓN Y CONSIGUIENTE DEBILITAMIENTO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: LAS RAZONES DE LA PARADOJA

Al margen de cuestiones de índole económica y de eficacia en la gestión de los servicios públicos, otro de los factores que ha actuado debilitando el derecho a la protección de la salud, como ha debilitado otros derechos sociales de naturaleza y conexión con la dignidad similar, ha sido el excesivo empoderamiento del actor encargado de su propia protección a través de la interpretación de la Constitución y por tanto de sus principios rectores, el Tribunal Constitucional, pese a que ello pueda resultar, *prima facie*, paradójico. Como es sabido, el constitucionalismo de la segunda mitad del Siglo XX traslada a dicha institución un papel estelar dentro de la *ingeniería constitucional*, en ocasiones, incluso por encima del poder mayoritario. La última palabra la tendrá ya no el representante del pueblo sino este poder contramayoritario que emerge en Europa como lo hiciera un siglo y medio antes en Estados Unidos de América. La legitimidad dejará de ser ya esencialmente democrática, optándose por una legitimidad de resultados, siendo las decisiones legítimas en función de que resulten útiles para la defensa del valor sustantivo de la propia democracia y de la libertad individual. Una nueva democracia constitucional asentada no sólo en instituciones representativas, sino también de control. Una democracia no ya tan política sino más jurídica, en la que la norma constitucional no es sólo reflejo del pacto social, sino también instrumento esencial de control, en términos muy parecidos a los expresados por Elster en su metáfora de Ulises y las sirenas²⁶.

Como reacción a las debilidades institucionales de la República de Weimar, en la que los derechos quedaron sin protección al creerse en el Derecho constitucional como una realidad salvadora que, por sí misma, aseguraba la libertad y el pluralismo, es

decir, lo que se ha llamado “el exceso de confianza en la soteriología jurídica”²⁷ y en la que también se asentó el postulado de que el principio de legalidad de la actuación administrativa los salvaguardaba de manera suficiente, creándose un sistema de protección frente a la vulneración de la ley por las Administraciones Públicas, pero no frente a la vulneración por aquella de los derechos fundamentales²⁸, y a la flagrante vulneración de la dignidad humana y de los derechos que se produjeron en la primera mitad de dicho siglo, los Tribunales surgidos al amparo de este nuevo modelo vendrán a adoptar una posición muy activa en la interpretación y garantía de la división de poderes, por un lado, y de los derechos fundamentales, por el otro.

Este nuevo activismo judicial, desconocido hasta entonces en el modelo constitucional continental y, precisamente, del que se apartó desde sus inicios el constitucionalismo surgido de la Revolución Francesa²⁹, exigía una moderación del Tribunal en otras esferas de manera que se equilibrara su papel y, precisamente, ahí es donde aparecen los derechos sociales. No es sólo que el propio constituyente les otorgue un papel y una eficacia distinta a la de los derechos y libertades, más próximos aquellos a principios que a verdaderas reglas, sino que también el Tribunal aprovechará la coyuntura para poder operar de manera activa en ocasiones y limitada en otras. Los derechos sociales y, singularmente el derecho a la protección de la salud, se convierten, así, en la excusa constitucional que impide que la nueva función que va a ir asumiendo sea considerada excesiva para los valores en los que se asienta esta nueva democracia constitucional que tampoco olvida del todo la división de poderes de la democracia representativa tradicional. Los derechos sociales acaban por convertirse en la excusa o salvaguarda del Tribunal frente a aquellos que consideren que el nuevo modelo puede orientarse hacia un excesivo activismo judicial.

27 Véase el voto particular del Magistrado Rodríguez Zapata en la Sentencia 235/2007, en el conocido caso Librería Europa.

28 GONZÁLEZ PASCUAL, M. (2010). *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*, Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, p. 20.

29 Como nos recuerda con gran acierto el profesor García de Enter, originaria de la libertad y destinada a su servicio exclusivo, imprescindible para el gobierno humano, será la que intenten hacer valer los revolucionarios franceses. Es éste el punto decisivo en el que la Revolución Francesa se aparta de su modelo americano y del que van a resultar dos sistemas jurídicos distintos. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. (2000). *El Derecho, la Ley y el Juez, dos estudios*, Madrid, Civitas, p. 31.

26 Elster recurre a la fábula de Ulises y las sirenas para desarrollar su idea de que en las modernas democracias la Constitución actúa como norma de autoconstricción. Señala Elster que, tras comprobar que nosotros podemos ser nuestro peor enemigo, procuramos atarnos a través de la Constitución para evitar vernos tentados por los *cantos de sirena* (demagogia). Las Constituciones serían, de este modo, mecanismos de precompromiso o autorrestricción, elaboradas por el cuerpo político con el fin de protegerse a sí mismo contra su previsible tendencia a tomar decisiones imprudentes. Vid. ELSTER, J. (2001). “Introducción”, en ELSTER, J. Y SLAGSTAD, R. *Constitucionalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, pp. 40 y 41.

5. EFICACIA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD Y DIVISIÓN DE PODERES

Cuando sectores de la doctrina se pronuncian a favor de la verdadera eficacia y operatividad jurídica del derecho a la protección de la salud, superando su carácter meramente mediato y no inmediato, o en otras palabras, cuando se habla en términos metafóricos de blindarlo, ello se traduce en la pretensión de dotar al Tribunal Constitucional de pleno control y capacidad de decisión en relación de las posibles limitaciones a tal derecho adoptadas por los poderes legislativo y ejecutivo. El temor es que un Gobierno con suficiente respaldo parlamentario pueda, en el periodo entre elecciones, limitar el alcance de la protección de la salud a través de la reducción de la asignación económica exigida para su verdadera operatividad. Blindar supone, por tanto, permitir al Tribunal tener la última palabra.

De este modo, el problema acerca de la eficacia del derecho a la protección de la salud enlaza directamente con el principal debate al que se enfrenta en Europea el Derecho constitucional a partir del final de la Segunda Guerra Mundial y mucho antes en otros lugares del mundo, como los Estados Unidos de América (véase, las consecuencias constitucionales de *Marbury v Madison*, que en acertadas palabras de Ahumada Ruiz, es un caso intemporal y universal porque propone la solución del control judicial de inconstitucionalidad donde los jueces han de tener en una democracia la última palabra frente a la mayoría, lo que no tiene una respuesta obvia y con la que de alguna forma todos los cursos de Derecho constitucional pelean de principio a fin³⁰), que no es otro que el de la legitimidad democrática de otorgar la función de intérprete máximo a un poder de constitucionalidad diferenciado y ya no a los representantes del pueblo constituidos en Parlamento. El constitucionalismo encierra desde la segunda mitad del siglo XX un doble compromiso difícil de cohonestar: un compromiso con la idea de derechos (dimensión sustantiva) y un compromiso con la idea de democracia (dimensión procedimental)³¹.

El debate acerca de su naturaleza y eficacia encierra por tanto otra discusión que conecta directamente no ya con la parte dogmática de la Constitución, sino

con la parte orgánica de la Constitución. Ello se traduce en determinar cuáles son las facultades de que, *opeconstitutione*, disponen los Tribunales de Justicia y, especialmente, el Tribunal Constitucional al ejercer su función de control constitucional sobre las decisiones de los poderes legislativo y ejecutivo en materia de los derechos sociales. Como señala Cascajo Castro citando a Revenga, “la declaración de derechos se divide (léase, entre derechos y principios rectores) en función del mayor o menor margen de maniobra del que dispone el legislador a la hora de desarrollarla”³² y, por ende, hay que entender, a la hora de limitarlo.

Si consideramos que el derecho a la protección de la salud, pese a su naturaleza de derecho social, desarrolla una eficacia similar a la de los tradicionales derechos y libertades, conectando directamente, por ejemplo, con la dignidad que se consagra en el artículo 10 de la Constitución o con algunos derechos consagrados como fundamentales, como el derecho a la vida o a la integridad que se consagran en el artículo 15, será fácil admitir que los poderes públicos encuentran muy limitadas sus facultades de configuración de aquél, existiendo un control judicial que podemos tildar de *fuerte*. Tal posición es difícilmente sostenible en nuestro sistema constitucional e incluso en cualquier otro de similares características ya que ello supone dotar de importantes competencias en materia económica a los Tribunales, cuando la competencia económica corresponde al Parlamento y al Gobierno en la preparación, aprobación y ejecución de los Presupuestos del Estado. El derecho a la protección de la salud constituye un derecho con alto contenido económico ya que su satisfacción no exige una mera abstención por parte de los poderes públicos, como ocurre con las clásicas libertades públicas que integran los denominados derechos de primera generación, sino la inversión de importantes partidas económicas para cumplir con su obligación de dar. Se trata de un derecho dependiente de la reserva de lo económicamente posible³³. Si los derechos fundamentales sociales son vinculantes, conducen a un desplazamiento de la política social desde la competencia del parlamento al Tribunal Constitucional y debido a los efectos financieros de los derechos fundamentales sociales, y a causa de los considerables costos vinculados a su cumplimiento, la existencia de derechos fundamentales sociales amplios judicialmente impondría conduciría

30 AHUMADA RUIZ, M. (2006). “Marbury versus Madison doscientos años (y más) después”, *Fundamentos*, núm. 4, Oviedo, pp. 125, 126 y 149.

31 LINARES, S. (2008). *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, op. cit., p. 45.

32 CASCAJO CASTRO, J.L. (2012). “Derechos sociales”, en VVAA. *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 25.

33 ESCOBAR ROCA, G. (1998-1999). “Derechos fundamentales: una aproximación general”, cit., p. 142.

aque la política presupuestaria estaría determinada, en parte esencial, por el Derecho constitucional³⁴. Las actuaciones prestacionales de los Tribunales no suponen ejercicio de jurisdicción, sino que denotan un poder político que un órgano judicial ni tiene ni conviene que tenga en el Estado de Derecho donde ha de impedirse a la Justicia el desempeño de una función que no sea de mera aplicación de la ley³⁵.

Tal nueva posición que pudiera otorgarse a los Tribunales en pos de implementar la fuerza vinculante, no sólo es contraria a la propia naturaleza de la función jurisdiccional, sino que puede, incluso, afectar a la propia normatividad de la Constitución³⁶. En todo caso, este argumento de índole económica encuentra algunas objeciones importantes.

En primer lugar, el expresar que los derechos sociales suponen un costo importante mientras que las libertades no, es una mera metáfora que responde más a criterios ideológicos que reales. Como nos recuerdan HOLMES y SUNSTEIN cuando señalan que tanto las libertades como los derechos implican deberes positivos (costos) para el Estado. La omisión del Estado constituye una ficción ya que la efectiva protección de las libertades supone destinar partidas presupuestarias a tal fin³⁷, siendo un ejemplo paradigmático de ello las libertades políticas y el coste de la celebración de unas elecciones generales como marco necesario para que aquélla se exprese o el coste de la seguridad a través de manteniendo de un sistema de orden público integrado por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Si los derechos fueran meras inmunidades a la interferencia pública, la virtud suprema del gobierno sería la parálisis o la invalidez. Sin embargo, un Estado incapacitado no puede proteger las libertades individuales, ni siquiera las que parecen totalmente negativas. Todos los derechos son costosos porque todos presuponen una maquinaria eficaz de supervisión, pagada por los contribuyentes, para monitorear y controlar³⁸.

34 ALEX, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 490 a 493. Vid., también, ZUNIGA FAJURI, A. (2006). *Justicia distributiva y derecho a la protección de la salud*, Tesis doctoral, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, p. 51.

35 BARRERO ORTEGA, A. (2017). "A vueltas con la exigibilidad de los derechos sociales", en BARRERO ORTEGA, A., (Coord.). *Derechos sociales. Lecturas jurídicas en tiempos de crisis*, op. cit., p. 85.

36 *Ibidem*, pp. 37 a 43.

37 HOLMES, S. y SUNSTEIN, C.R. (2011). *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo XXI, pp. 64, 65, 123 y 143.

38 *Ibidem*, pp. 64 y 65.

Pese a que todo lo anterior es cierto, tampoco deja de serlo que un mero repaso de los Presupuestos del Estado que se aprueban cada ejercicio **si nos permite apreciar que los derechos sociales**, y singularmente el derecho a la protección de la salud, suponen una partida considerable del erario público, mientras que las libertades en su condición de esferas reconocidas y protegidas para la autodeterminación de los individuos pueden no tener coste o ser este poco considerable. Los derechos sociales, por el contrario, suponen siempre, no un deber de abstención como las libertades, sino una obligación de hacer o dar, lo que necesariamente conlleva un gasto público. Así pues, sin ser cierta la afirmación tan escuchada de que los derechos sociales cuestan y las libertades no, de manera que las facultades de decisión del poder legislativo y ejecutivo, en cuanto tributarios de las funciones económicas, deben ser mayores respecto de aquéllos que respecto de éstos, es difícil negar que el impacto económico de unos y otros es muy diferente en líneas generales. Como señala Ponce Solé, no se puede negar que algunos derechos sociales en cuanto a la obligación jurídica de darles satisfacción exigen un gasto público imprescindible para ello, asociado a la prestación de determinados servicios públicos³⁹, y entre estos, destacaría uno respecto del que se exige mayor *fundamentalidad*, como es la salud, por lo que la pretensión de su reforma constitucional no puede obviar el problema económico que supone su garantía, con el impacto político que conlleva frustrar las expectativas creadas normativamente.

Pero es que, además, el problema de la eficacia de los derechos sociales frente a las tradicionales libertades no reside sólo en el coste en sí, sino en el propio pacto social en el que se sustentan las libertades tradicionales y los derechos sociales, y en el propio modelo económico abierto que recoge nuestra Constitución. Las libertades no pueden depender, en cuanto a su eficacia y protección, de la ideología que el Parlamento y el Gobierno sustenten por obra del mandato de sus representados. Caben ciertos matices pero no podrán verse afectados, configurados o limitados los rasgos esenciales de aquéllas. El pacto social sobre las libertades es extremadamente sólido, ya que éstas suponen, precisamente, la precondition para alcanzar aquél, para justificar la limitación de la libertad que la sujeción al principio de la mayoría supone. Por el contrario, los derechos sociales no constituyen un pacto inamovible, sino que, en parte, dependen del programa socioeconómico del

39 PONCE SOLÉ, J. (2017). "Reforma constitucional y derechos sociales: La necesidad de un nuevo paradigma en el Derecho público español", *cit.*, p. 87.

Parlamento y Gobierno que vienen sustentados en la mayoría. Blindar el poder de configuración de los derechos sociales puede suponer tanto como prede-terminar una Constitución económica cerrada, sin posibilidad de mínima opción ideológica o política. Y, por ello, se distingue entre dos escalones o niveles de derechos sociales, admitiendo, según el escalón o nivel, un control robusto o débil, al conectarlos, bien con alguno de los derechos fundamentales, bien con el propio principio de Estado democrático, como pre-conditions para el desarrollo del mismo.

En segundo lugar, otra objeción a la interpreta-ción de la libertad individual ajena a los derechos so-ciales es que constituye una mera falacia fruto de un modelo de Estado liberal en el que la justicia material era ignorada. La libertad conecta con la exigencia de un mínimo existencial, de manera que el Estado, si tiene el deber constitucional de garantizar aquélla, ello no lo hace a través de la mera abstención, sino mediante la procura de dicho mínimo. Tal afirmación encuentra, sin embargo, la objeción de que también el propio desarrollo y su consiguiente financiación de los derechos sociales afecta a la propia libertad de algunos, a aquellos a los que se detraen los medios económicos necesarios.

Además, un control fuerte por parte de los Tribu-nales no parece tampoco admisible. Y ello, no sólo es debido a que éstos están pensados más para casti-gar las acciones estatales ilegales que para imponer a los poderes públicos actuaciones positivas⁴⁰, sino también si atendemos a cuáles son los elementos que caracterizan la decisión judicial frente a la decisión política. Mientras que los Tribunales han de resolver habitualmente un caso concreto, atendiendo a las específicas circunstancias que concurren en el mismo, el Parlamento y el Gobierno adoptan la decisión con una perspectiva más global, más general. Mientras a éstos les preocupa la visión de conjunto, una visión más holística que atienda a las necesidades de toda la comunidad, al Tribunal le preocupa el caso con-creto, las singulares necesidades de un individuo o grupo de individuos, no el problema económico en su conjunto.

Los Tribunales no están familiarizados con la fiscalización de normas finalistas que se expresan en forma de objetivos a lograr sin pronunciarse acerca de los cursos de acción política y económicamen-te idóneos para conseguirlos. Todo ello aparece se-

recogido en la propia doctrina del Tribunal Constitu-cional cuando señala que la sostenibilidad del siste-ma sanitario público impone a los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización del gasto sanitario, necesarias en una situación caracte-rizada por una exigente reducción del gasto público, de manera que las administraciones públicas competen-tes tienen la obligación de distribuir equitativamente los recursos públicos disponibles y favorecer un uso racional de este Sistema (ATC 96/2011, de 21 de ju-nio, FJ 6). Los derechos prestacionales requieren una base financiera sólida y una administración de recur-sos escasos, permitiendo al legislador una amplia li-bertad de configuración (STC 245/2004).

Así pues, parece poco admisible en nuestro sis-tema de división de poderes que la decisión sobre el destino de partidas ingentes de dinero público que han de permitir el desarrollo y efectividad del dere-cho a la protección de la salud quede en manos de la decisión judicial.

En similares términos se ha expresado la Senten-cia del Tribunal Constitucional en la que se enjuicia la constitucionalidad del Real Decreto-ley 16/2012, por lo que se implementaron diferentes medidas de racionalización del gasto sanitario, limitándose el derecho a la protección de la salud proclamado en el artículo 43 de la Constitución. Así, la Sentencia 139/2016, de 21 de julio, declara que el legislador posee en una destacada libertad de configuración del derecho, dada la ubicación sistemática de este pre-cepto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.3 CE. El derecho a la salud, para el Alto Tribunal, lo que es fácilmente trasladable al resto de los dere-chos sociales, “*se configura y concreta de acuerdo con lo que dispone la ley, que debe regular las distin-tas condiciones y términos en los que se accede a las prestaciones y servicios sanitarios ... Será la legis-lación la que en cada momento determine el alcance y la graduación de esa gratuidad, así como de las bonificaciones económicas en las prestaciones sa-nitarias de acuerdo con las exigencias derivadas de las circunstancias cambiantes, respetando los límites constitucionales*”, ya que “*la sostenibilidad del siste-ma sanitario público impone a los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización del gasto sanitario, necesarias en una situación ca-racterizada por una exigente reducción del gasto pú-blico, de manera que las administraciones públicas competentes tienen la obligación de distribuir equi-tativamente los recursos públicos disponibles y favo-recer un uso racional de este Sistema*”.

40 ESCOBAR ROCA, G. (1998-1999). “Derechos fun-damentales: una aproximación general”, *cit.*, p. 143.

Por lo tanto, todo control, cualquiera que sea la naturaleza de éste, de la decisión pública debe desarrollarse dentro del máximo respeto a dicho poder configurador que le es otorgado a los poderes públicos por la propia Constitución. Sin embargo, la ausencia de todo control judicial tampoco resulta satisfactoria porque ello implica que los derechos sociales quedarían vacíos de contenido al no quedar revestido de garantía alguna que permitiera un control por parte de los Tribunales de los límites que respecto de dicho derecho acuerden los poderes públicos. La objeción forense de que los derechos sociales no son verdaderos derechos en la medida que no son justiciables tampoco parece congruente con los principios básicos que informan a nuestro Estado constitucional, especialmente, el principio de igualdad material.

El propio Tribunal Constitucional, en la citada Sentencia 139/2016, recogiendo lo ya proclamado en su doctrina sobre los derechos sociales (véase, en especial, las Sentencias 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 7; 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8, y 14/1997, de 28 de enero, FJ 11), declara que *“la naturaleza del derecho a la salud como principio rector no implica que el art. 43 CE constituya una norma únicamente programática, vacía de contenido, sin referencias que lo informen, especialmente con relación al legislador; que debe configurarlo en virtud del mandato del art. 43.2 CE para que establezca las prestaciones necesarias para tutelar la salud pública. En consecuencia, el art. 43 CE debe ser considerado como un principio rector constitucional dirigido a orientar y determinar la actuación de los poderes públicos (ATC 221/2009, de 21 de julio, FJ 4), expresivo de «un valor de indudable relevancia constitucional» (ATC 96/2011, FJ 5), lo que se traduce en su obligación «de organizar» la salud pública y de «tutelarla a través de las medidas, las prestaciones y los servicios necesarios» (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3). En suma, el desarrollo del art. 43 CE y la articulación del derecho a la protección de la salud requieren que el legislador regule las condiciones y términos en los que acceden los ciudadanos a las prestaciones y servicios sanitarios, respetando el contenido del mandato constitucional. Debe tenerse presente que, dada la ubicación sistemática del art. 43 CE, nos encontramos ante una remisión a la libertad de configuración del legislador ordinario que deriva de lo dispuesto en el art. 53.3 en relación con el art. 43.2 CE”*.

Se trata, por tanto, de buscar una solución de equilibrio entre un control judicial fuerte y la ausencia de control que dote a los poderes públicos de

cierto margen de decisión, pero sin obviar de manera absoluta el control por parte de los Tribunales de Justicia. A este respecto, interesa recordar una vez más a Cascajo Castro cuando señala que los derechos sociales son derechos complejos⁴¹ y como tales exigirán una respuesta desde la estructura orgánica de la Constitución distinta de la que desde el mismo constitucionalismo liberal se proponía para los derechos fundamentales y libertades públicas, aunque sin olvidar que la disociación en las actuales democracias entre la posibilidad de ejercicio de un poder político propio y el reconocimiento de derechos y libertades es imposible⁴².

6. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD COMO CONQUISTA SOCIAL: A VUELTAS CON LA REVERSIBILIDAD E IRREVERSIBILIDAD

La irreversibilidad del derecho a la protección de la salud que algunos vienen a postular de manera que los poderes de configuración y limitación del Legislativo y del Ejecutivo quedarían limitados por el nivel alcanzado sería otra manera de blindarlos. Se ha señalado que aceptar la irreversibilidad supone afirmar una dinámica de crecimiento ilimitado que va produciendo una estabilización de lo alcanzado en cada fase, lo que es congruente con el compromiso de realización de la igualdad sustancial. Retroceder respecto de lo alcanzado supone alejarse de dicho modelo normativo ideal⁴³.

Tal postura choca con otros valores constitucionales, como el pluralismo político, en virtud del cual, la mayoría social puede optar por diferentes fórmulas y posiciones de configuración de los derechos sociales⁴⁴. Por ello, se promueve por algunos autores una posición más equilibrada o moderada, en virtud de la cual, pueda admitirse un principio de interpretación restrictiva de los recortes de lo alcanzado, lo que en realidad se traduce en aplicar a la decisión pública el

41 CASCAJO CASTRO, J.L. (2012). “Derechos sociales”, en VVAA. *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, op. cit., pp. 29 y 30.

42 APARICIO M.A. (Ed.), CASTELLÁ, J.M. y EXPÓSITO, E. (Coord.) (2008). *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*. Barcelona, Atelier, p. 15.

43 BARRERO ORTEGA, A. (2017). “A vueltas con la exigibilidad de los derechos sociales”, en BARRERO ORTEGA, A., (Coord.). *Derechos sociales. Lecturas jurídicas en tiempos de crisis*, op. cit., p. 92.

44 *Ibidem*, p. 93.

principio de razonabilidad en su vertiente material y formal que, como explicaremos más adelante, constituye de hecho el mecanismo que la propia Constitución y la doctrina constitucional han desarrollado para evaluar las decisiones limitadoras de los derechos. Como decimos, no creemos que esta propuesta de irreversibilidad limitada o moderada ofrezca nada distinto de lo que ya existe, dado que, una cosa es afirmar que el poder legislativo y ejecutivo tienen un amplio poder de configurar el contenido efectivo de los derechos sociales de acuerdo con la reserva económica de lo posible, y otra bien distinta es mantener que tal decisión puede adoptarse sin necesidad que la misma responda a un mínimo de razonabilidad, todo ello, de conformidad con el propio principio de interdicción de la arbitrariedad que consagra el artículo 9.3 de la Constitución que exige la motivación de las decisiones adoptadas por los poderes públicos. Limitar los derechos sociales, revirtiendo lo alcanzado, exige, cuanto menos, un deber de motivar que puede ser objeto de control por parte de los Tribunales.

En todo caso, la doctrina del Tribunal Constitucional ofrece pocas dudas acerca de la reversibilidad del derecho a la protección de la salud. La ya citada Sentencia 139/2016 entra a valorar la posible irreversibilidad, como verdadera conquista social, y señala que *“La norma cuestionada adopta un modelo que se sustenta principalmente en la conexión entre la cotización al sistema de la Seguridad Social y el derecho a recibir las correspondientes prestaciones sanitarias en condiciones de gratuidad o de bonificación. La nueva regulación de la condición de asegurado del Sistema Nacional de Salud supone un cambio en la política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada, que se aprecia a partir de la creación del Sistema Nacional de Salud y de la gradual incorporación como titulares de las prestaciones de colectivos a los que no alcanzaba la condición de asegurado de la Seguridad Social. Como es evidente, el sólo hecho del cambio de criterio del legislador en nada afecta a la constitucionalidad de la medida, ya que la Constitución no ha prefigurado directamente un contenido prestacional que el legislador deba reconocer necesariamente a cualquier persona, sino que el art. 43.2 CE impone un mandato a los poderes públicos, y en particular al legislador, para establecer los derechos derivados del apartado 1 de ese mismo precepto. Como ya se ha señalado, se trata de un derecho de configuración legal y que, por tanto, permite al legislador redefinir los derechos y obligaciones de los titulares del mismo”* y añade, a continuación, que *“Es claro que el proceso que se inicia con la Ley general de sanidad ha venido*

determinado por diversos condicionantes, entre ellos los económicos, dada la necesidad de asegurar la viabilidad de la universalización del derecho a la prestación de asistencia sanitaria financiada con fondos públicos, según las circunstancias económicas y sociales y la legítima libertad de elección de las políticas públicas en cada momento. Así pues, el legislador, de acuerdo con el inherente componente de flexibilidad que caracteriza el marco constitucional, dispone de un amplio margen de configuración con relación al art. 43 CE, en tanto que precepto incluido en el capítulo III del título I CE”.

El Tribunal recuerda también que *“la universalización legislativamente proclamada ha sido más bien un objetivo a conseguir, atendiendo a las circunstancias, entre las que ocupan un lugar destacado las económicas (en el mismo sentido, el ya citado ATC 96/2011, FJ 6). La pretensión de universalidad acogida por el art. 43 CE se ha articulado de acuerdo con las previsiones legales existentes en cada momento, sin que hasta el momento haya significado el derecho incondicionado de toda persona residente o transeúnte que se halle en España a obtener gratuitamente todo tipo de prestaciones sanitarias. La universalidad, en lo que significa como derecho de acceso y la correlativa obligación de los servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud de atender a los usuarios que reclaman atención sanitaria, no puede, en suma, confundirse con un derecho a la gratuidad en las prestaciones y los servicios sanitarios. Esta consecuencia no se deriva de manera inmediata de la Constitución Española, sino que ha de ser, en su caso, apreciada por el legislador atendiendo a las circunstancias concurrentes”*.

Sin embargo, esta doctrina unánime encuentra, curiosamente, alguna excepción en un ámbito que conecta en cierto modo con el de la salud, como es el de la protección del medioambiente, donde el Tribunal Supremo sí ha venido a admitir cierto margen a la irreversibilidad aun cuando se trate de un ámbito distinto del que nos ocupa. Así, en las Sentencias de 30 de septiembre de 2011 y 29 de marzo de 2012, se ha declarado que, una vez establecida una zona verde en el planeamiento urbanístico esta constituye un mínimo sin retorno, salvo que exista un plus de motivación exigente que habrá de acreditar y justificar que eliminar dicha zona no afecta al desarrollo sostenible. En todo caso, de tal pronunciamiento no se deduce una absoluta prohibición de reversibilidad de las conquistas, sino un plus de exigencia de razonabilidad de la decisión pública.

7. ¿ES NECESARIO REFORMAR LA CONSTITUCIÓN PARA INCLUIR UNA FORMA EQUILIBRADA, PERO EFECTIVA, DE CONTROL CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD?

Como acabamos de ver, ni la ausencia de control por parte del Tribunal Constitucional ni un control fuerte parece mostrarse como razonable si atendemos tanto al impacto de ambas pudieran tener en la parte dogmática y orgánica de la Constitución. Por ello, la solución no creemos que radique en promover reformas constitucionales que alteren la naturaleza actual del derecho a la protección a la salud, dotándole de cierta *fundamentalidad*, con los problemas que para la división de poderes y para las funciones tradicionales de los Tribunales ello pudiera conllevar, o introducir nuevas fórmulas de control, tal y como sería el ya expuesto diálogo entre Tribunales y Parlamento a través de la declaración de inconstitucionalidad sin nulidad. La solución no es otra que acudir a las reglas tradicionales que nuestro sistema constitucional ha desarrollado en el ámbito de la limitación de los derechos, sin obviar que en el ámbito de los derechos sociales regirá un control algo más débil, al reconocerse a los poderes públicos un mayor poder configurador. No se trata de reformar, sino de exigir que por parte del Tribunal Constitucional se ejerza un control adecuado, en los términos que le habilita una interpretación teleológica del texto constitucional.

Así, el recurso a la racionalidad material y formal en la evaluación de la decisión pública, lo que, de hecho, el propio Tribunal Constitucional tendría que emplear con carácter general en los casos de limitación de derechos, ya sean fundamentales o sociales, es el instrumento adecuado de control. El Tribunal al enjuiciar la racionalidad material y formal de la decisión pública, lo que viene a evaluar son los elementos tenidos en cuenta a la hora de adoptar la decisión limitadora.

El control fundamentado en la racionalidad material hace referencia al principio de proporcionalidad, que no queda excluido de operatividad por tratarse de meros principios rectores y no derechos en sentido estricto. Así lo ha proclamado el Tribunal Constitucional, entre otras, en la Sentencia 139/2016, que somete la decisión del Parlamento de limitar el acceso a las prestaciones sanitarias por parte de los inmigrantes sin papeles a dicho principio: “*dentro del margen del legislador de establecer sus prioridades, la norma examinada no responde a una opción*

arbitraria, sino a la preservación de bienes o intereses constitucionalmente protegidos, como el mantenimiento del sistema sanitario público, sin desconocer las posibilidades del sistema en un momento de intensas complicaciones económicas, observándose, en la distinción entre extranjeros con autorización de residencia y los que carecen de ella, la debida proporcionalidad y dando cumplimiento a las obligaciones internacionales en la materia”.

También, en la Sentencia 11/1981, cuando el Tribunal Constitucional hace referencia al concepto de núcleo esencial como límite a los límites a los derechos, no distingue de cara a su operatividad y, por tanto, a la del principio de proporcionalidad entre derechos fundamentales y libertades públicas y derechos sociales. Así, en su Fundamento 8, la Sentencia afirma sin ambages que “*Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de «contenido esencial», que en el artículo 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos sean o no constitucionales*”. Así pues, la condición de derecho social sobre el que operara el límite no deja a la decisión del poder público exenta de verse sometida al test de proporcionalidad y a sus subprincipios de legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto y, por ende, al límite a los límites, el núcleo esencial.

De este modo, crear a través de la reforma constitucional una suerte de blindaje del derecho a la protección a la salud que garantizara frente a la decisión limitadora de los poderes públicos su contenido esencial no aporta nada a su defensa, ya que dicha garantía ya existe en el actual sistema constitucional. Cuestión distinta es que el Tribunal Constitucional no haya recurrido al principio de proporcionalidad a la hora de evaluar el límite o lo ha hecho en términos poco rigurosos. Un ejemplo paradigmático de esta dejación de control, la encontramos en la ya citada Sentencia 139/2016.

En dicha Sentencia, el principio de proporcionalidad es citado explícitamente, pero de la lectura de la misma se concluye que más allá de la mera cita no se recurrió al mismo para evaluar la racionalidad material de la limitación del derecho a la salud que aquella norma supuso. En este sentido, los subprincipios de adecuación y de necesidad eran poco superables cuando la decisión adoptada por el Gobierno sobre el derecho a la salud de los inmigrantes indocumentados poco o nada aportaba a las necesidades de recorte del gasto público, cuando el impacto económico que

tal asistencia venía a implicar era nimio, una vez garantizada la asistencia a las mujeres embarazadas, a los menores y la asistencia de urgencia.

En efecto, si acudimos a la motivación de la decisión limitadora contenida en el Preámbulo del Real Decreto-ley, se nos dice, literalmente, lo siguiente: *“a la vista de los informes emitidos por el Tribunal de Cuentas, resulta imprescindible regular, sin más demora, la condición de asegurado con el fin de evitar algunas situaciones de prestación de asistencia sanitaria que se están produciendo en la actualidad y que están debilitando de forma alarmante la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud”*, añadiendo a continuación que *“El Tribunal de Cuentas ha puesto de manifiesto que el Sistema Nacional de Salud está asumiendo, con cargo a sus presupuestos, la asistencia sanitaria de personas que la tienen ya cubierta, bien por sus instituciones de seguridad social en origen, bien por esquemas de seguros privados, lo cual está erosionando enormemente su capacidad financiera e impidiendo que sus gestores puedan seguir realizando mejoras en los servicios. Se impone, pues, una clarificación armonizada de la condición de asegurado, a efectos de la prestación de servicios sanitarios y sociosanitarios, de tal forma que ésta quede vinculada de forma efectiva a la financiación por impuestos y al carácter de solidaridad social que el esquema progresivo de los mismos tiene en nuestro país”*.

El argumento esgrimido como motivación de la limitación del derecho a la protección de la salud por el Real Decreto-ley es hartamente discutible, sobre todo, si acudimos al tenor literal del propio Informe del Tribunal de Cuentas al que tácitamente se remite el Preámbulo que no es otro que el Informe de *fiscalización de la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la aplicación de los reglamentos y convenios internacionales de la Seguridad Social*, de 29 de marzo de 2012. Dicho Informe tiene por objetivo principal *“el análisis de la gestión financiera de las prestaciones de asistencia sanitaria prestadas por el Sistema Nacional de Salud español, a personas extranjeras”*. Sin embargo, de una lectura íntegra de dicho informe no puede deducirse que la asistencia a los emigrantes sin papeles fuera el problema en el que radicaba esa exigencia de aclarar la condición de asegurado, sino precisamente lo eran otros colectivos no tan desfavorecidos que acudían a nuestro país, bien por razones de turismo y ocio y se veían en la necesidad de requerir asistencia sanitaria o, incluso, aquellos otros que acudían única y exclusivamente para recibir dicha asistencia, lo que se ha denominado, turismo sanitario. En ninguno de

ambos colectivos creemos que se puedan encontrar los emigrantes sin papeles, de manera que el Informe que el propio Gobierno manejaba en apoyo de su reforma carecía de toda virtualidad a tales efectos, mostrándose aquel como el único informe técnico o argumento formal esgrimido.

Como muy bien explica el Informe de Posicionamiento de la Asociación de Juristas de la Salud ante el Real Decreto Ley 16/2012⁴⁵ (pp. 38 y ss), reconoce el Tribunal de Cuentas que en el año 2010 residían en España 453.349 personas con derecho a la asistencia sanitaria gratuita a cargo de la Seguridad Social española por carecer de recursos económicos suficientes. Así, se detectan carencias importantes en la facturación de estos gastos a sus países de origen y en el control por parte de las autoridades españolas del cumplimiento de los requisitos que dan derecho a la asistencia sanitaria a las personas sin recursos. De hecho, expresa que *“al menos 284 personas habían realizado un uso irregular de la tarjeta”*. La emisión de estas Tarjetas Sanitarias Europeas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social a personas de otras nacionalidades sin recursos económicos suficientes pone de manifiesto la existencia de deficiencias específicas en el control sobre este colectivo, situación que —conforme señala el Tribunal— habría sido evitada con la simple consulta informática al Fichero General de Afiliación de la Tesorería General de la Seguridad Social, donde se recogen las personas que tienen la condición de *“personas sin recursos económicos suficientes”*. Por ello, el informe recomienda al Gobierno de la Nación que impulse las medidas legislativas oportunas para que el coste de esta asistencia sanitaria pueda ser derivado, en su caso, a sus respectivos países de origen y que agudice el sistema de control para evitar situaciones fraudulentas. En modo alguno recomienda la exclusión de este colectivo del sistema público sanitario.

Tampoco quedó acreditado el impacto que tal medida habría de tener en las arcas públicas a los efectos de garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud, que sinceramente creemos que sería nimia si atendemos al hecho de que los emigrantes sin papeles responden a un perfil de edad que difícilmente les hará ser demandantes habituales de asistencia sanitaria, a diferencia por ejemplo de los ciudadanos comunitarios que vienen a disfrutar de su retiro en España y que suelen padecer, por razones de edad, enfermedades crónicas que sí demandan una

45 Puede accederse a dicho documento a través de la página web de la Asociación de Juristas de la Salud, en www.ajs.es. Último acceso el 11 de febrero de 2018.

asistencia sanitaria permanente o, al menos, más frecuente. Además, si algún tipo de asistencia sanitaria vendrían a demandar dichos emigrantes sin papeles sería precisamente la que el propio Real Decreto-ley les garantizaba, es decir, la asistencia en urgencias y la asistencia al embarazo y a los menores.

Así pues, no parece que los argumentos manejados por la norma objeto de análisis fueran mínimamente plausibles, pudiendo perfectamente afirmarse que la misma difícilmente podía superar el test de proporcionalidad, sobre todo por su falta de idoneidad, al dejar fuera de la asistencia a grupos necesitados de especial protección, y por afectar al núcleo esencial del derecho a la protección de la salud, con infracción del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto,

Todo ello, fue, además, oportunamente denunciado por el voto particular a la citada Sentencia 139/2016, formulado por el Magistrado Valdés Dal-Ré, cuando señala que “*el juicio sobre la regularidad constitucional de la cláusula de la «extraordinaria y urgente necesidad» ha de superar un doble canon: de un lado, la necesidad del Gobierno de identificar de manera clara, explícita y razonada la concurrencia de esa singular situación, determinante de la presencia del presupuesto habilitante; de otro, la existencia de una conexión de sentido o relación de adecuación entre ese presupuesto y las medidas contenidas en la norma de urgencia. El segundo recordatorio, a su vez, se concreta en que, cuando la parte recurrente efectúa una impugnación parcial de un real decreto-ley, en lugar de total, tal como la Sentencia hace constar que acontece en el caso a examen, el control sobre el concurso del tan mencionado presupuesto habilitante ha de resultar congruente con el objeto de la censura, debiendo examinarse las dos dimensiones que definen el propio control de constitucionalidad desde esa singular perspectiva: la formal (identificación de los motivos alegados) y la sustantiva (conexión de sentido o relación de adecuación). En semejante hipótesis, el control de constitucionalidad no puede dar por buenas las argumentaciones globales ni para avalar la explicitación (dimensión formal) ni para reconocer la conexión de sentido (dimensión material)*”.

Y añade a continuación “*La Sentencia de la que discrepo se ha apartado de la doctrina de este Tribunal tan sumariamente recordada. En primer lugar y contrariando de manera ostensible la delimitación objetiva de la impugnación relativa al art. 86.1 CE, el escrutinio de la vertiente formal de la concurrencia del presupuesto habilitante no procede a un análisis*

pormenorizado de las razones determinantes de la regulación de las materias tratadas por los plurales preceptos recurridos, limitándose a traer a colación, por una parte, las dos grandes finalidades a las que obedece, con carácter general, la reforma del Sistema Nacional de Salud (existencia de una situación de grave dificultad económica y necesidad de hacer frente a los «retos actuales de la asistencia sanitaria») y, por otra, *la opción en favor de la vinculación de la condición de beneficiario a la de asegurado. Las genéricas referencias a los informes emitidos por el Tribunal de Cuentas y al derecho comunitario enunciadas por la exposición de motivos de la norma de urgencia evidencian el tratamiento global desde el que se aborda esta primera vertiente. Ciertamente es que este tratamiento se modera en términos escasamente significativos con la alusión a las modificaciones introducidas en el acceso a la prestación sanitaria de los extranjeros [último párrafo, FJ 4 a)]; pero es más cierto que la Sentencia renuncia a analizar con el obligado detalle si, respecto de los preceptos que entiende expresamente recurridos, el Gobierno ha ofrecido una explicación clara, precisa y razonada de la concurrencia de la extraordinaria y urgente necesidad. Por este lado, la Sentencia de mi disenso contradice la premisa que delimita el análisis de la vulneración del art. 86.1 CE. La lectura del fundamento jurídico 5 a) confirma sin sombra de duda esta primera conclusión*”.

En relación a la proporcionalidad, puede recordarse, además, por lo que a nuestro debate interesa, que, más que un argumento de control material de las decisiones de los Tribunales de Justicia, constituye una expresión de la argumentación que es precisamente lo que legitima su labor. El poder contramayoritario no se puede justificar acudiendo a la legitimidad democrática, sino acudiendo a la legitimidad de sus resultados, de manera que sus decisiones serán legítimas en función de que resulten útiles para la defensa del valor sustantivo de la libertad individual⁴⁶, su legitimidad depende de la forma en que se adoptan las decisiones por dicho poder⁴⁷. Si bien el Tribunal Constitucional carece de legitimidad democrática, al menos, directa, sí que posee la virtud que se deriva de su forma especial de proceder para crear Derecho⁴⁸. La legitimidad del poder judicial en un sistema

46 ZAGREBELSKY, G. (2016). *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, pp. 149 y 150.

47 CAPPELLETTI, M. (2007). *Obras. La Justicia constitucional y dimensiones de la Justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa, p. 328.

48 PRIETO SANCHÍS, L. (1991). “Notas sobre la interpretación constitucional”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, p. 197.

democrático debe contemplarse desde la perspectiva del control del poder, ya que en una democracia compleja que respete el pluralismo, debe haber no sólo instituciones representativas, en las que se impone la mayoría, sino también instituciones de control. De este modo, el poder judicial es una institución que contribuye a garantizar el pluralismo⁴⁹. Su legitimación no procede de su origen sino de la función que le corresponde desempeñar en el Estado constitucional. Y ahí es donde ocupa un papel central el principio de proporcionalidad.

El poder contra-mayoritario se legitima por su forma de crear el Derecho, acudiendo a métodos racionales y razonables. La argumentación de la decisión, la exigencia constitucional de motivación del fallo, que diferencia su labor de la del propio legislador, otorga al mismo un plus de legitimidad⁵⁰. Más aún, esta construcción del Derecho basado en el argumento se ve fortalecida aún más por la figura del voto particular (*dissenting opinion*) que, a la postre, supone un plus de argumentación. Incluso, las voces discrepantes tienen la posibilidad de mostrar los contra argumentos a la mayoría. Como señala Cascajo Castro, la aceptación de los votos particulares posibilitaría argumentaciones más completas y orgánicas, susceptibles incluso de desarrollos alternativos en el futuro. El voto particular favorece la formación de una jurisprudencia evolutiva, además de ser instrumento de expresión de valoraciones minoritarias en un órgano colegiado y plural. En definitiva, sirve mejor a la certeza⁵¹.

Además, puede estimular el sentido de la responsabilidad del juez, ya que la eficacia y mayor aceptación de las sentencias está en el rigor y solidez de la argumentación y en su capacidad para suscitar

convicciones firmes y seguras. Los votos particulares permiten ejercer una función de autocrítica, así como establecer un diálogo más fructífero y variado con la doctrina⁵². En definitiva, el voto particular permite un mayor control de las decisiones del poder contra-mayoritario desde la dialéctica⁵³.

Cierto es que la argumentación no está ausente en la labor del poder legislativo. Tanto el debate parlamentario como las exposiciones de motivos implican argumentación. Sin embargo, por lo que al debate parlamentario se refiere, la plasmación del argumento en el texto final, la Ley, no es igual que la plasmación del argumento en el texto judicial, sentencia. Igualmente, la exposición de motivos más que razonar el por qué de una determinada decisión, expone las razones de la aprobación del texto legal, siendo ambas cuestiones distintas desde el prisma de la argumentación.

Ejemplo de esta diferencia sustancial entre la labor del poder contra-mayoritario y del poder legislativo la encontramos en el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que establece que los votos particulares se publicarán conjuntamente con el cuerpo principal de la Sentencia, lo que es una garantía de las funciones que parece cumplir dicha figura, como acabamos de exponer. Más aún, el voto particular que admite nuestro sistema constitucional es suficientemente amplio, ya que el artículo 90.2 posibilita tanto el voto discrepante y el voto concurrente según que la opinión que disiente se refiera a todas las partes de la decisión o sólo a su fundamentación. Incluso, no se limita la figura a las Sentencias y Autos, sino a cualquier otra clase de resolución⁵⁴.

52 *Ibidem*, p. 177.

53 Por el contrario, también se ha sostenido que la aceptación del voto particular genera una mayor politización del poder contra-mayoritario, ya que permite a la opinión sostener la división política del Tribunal en diferentes sectores enfrentados. También, se ha argumentado que el voto particular resta certeza a decisión constitucional. A este respecto, resulta interesante destacar que no todos los sistemas de control de constitucionalidad admiten esta figura. Así, el Tribunal Constitucional italiano no admite tal figura. Los trabajos de los magistrados y sus deliberaciones son secretas, siendo ello visto como garantía del carácter colegial de las decisiones. El carácter colegial y unitario del Tribunal asume un particular significado por la ausencia de votos particulares. Carbonell considera que la ausencia de votos particulares es negativa para el modelo constitucional y cita diversos ejemplos que muestran el relevante papel que, cara al futuro, han tenido tales figuras. Así, los votos particulares del Juez Oliver Wendell Holmes, John Paul Stevens o William Brennan en el sistema norteamericano o, más próximos a nosotros, los votos particulares de Rubio Llorente y más recientemente, los de Rodríguez-Zapata. Vid. CARBONELL, M. (2008). "Gustavo Zagrebelsky, Juez Constitucional", *Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 2, p. 563.

54 La constitucionalización del voto particular se debe a

49 BALAGUER CALLEJÓN, M.L. (1997). *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Madrid, Tecnos, p. 51.

50 Para Waluchow lo que distingue la labor del legislador de la del poder judicial y dota de legitimidad a este último es el diferente contexto en el que se desenvuelven ambas. En su contexto, los Jueces se encuentran más inmunizados frente a las presiones de la opinión pública que los legisladores. Además, la formación eminentemente jurídica del juez le hace estar mejor equipado que el legislador para lidiar con los asuntos relativos a los casos constitucionales. Vid. WALUCHOW, W.J. (2009). *Una teoría del control judicial de constitucionalidad basada en el commonlaw. Un árbol vivo*, Madrid, Marcial Pons, pp. 357 a 370. En similares términos, vid. SAGER, L.G. (2007). *Juez y democracia. Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, Madrid, Marcial Pons, p. 92.

51 CASCAJO CASTRO, J.L. (1986). "La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 6, núm. 17, mayo-agosto, pp. 176 y 177.

En definitiva, la legitimidad de la Jurisdicción Constitucional proviene, fundamentalmente, de la argumentación y motivación de las decisiones. La racionalidad jurídica de su trabajo lo legitima y esta se expresa sustancialmente a través de la motivación. Para Bernal Pulido es precisamente el principio de proporcionalidad el que dota de tal racionalidad a las decisiones del Tribunal Constitucional a la hora de controlar la labor del legislador desde el prisma de los derechos fundamentales proclamados en el texto constitucional. De su teoría se deduce que la racionalidad que legitima a la Jurisdicción Constitucional juega en un doble sentido, en un sentido material, acudiendo a los derechos proclamados en el texto constitucional para controlar la labor del legislador, y en un sentido estructural, acudiendo a determinadas técnicas de racionalidad constitucional, entre las que destaca el principio de proporcionalidad junto a otras, como la del contenido esencial de los derechos fundamentales⁵⁵.

En relación a este principio, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto y la garantía del núcleo esencial en el que a la postre éste se traduce se muestra como esencial en el enjuiciamiento de la decisión pública por parte de los Tribunales. Así, será posible obtener la tutela judicial de los derechos de prestación en aquellos casos en los que el legislador haya garantizado tan siquiera su contenido mínimo, aún cuando es cierto que su exacta determinación no será siempre fácil⁵⁶.

Sin embargo, la propia Constitución, y así lo ha proclamado su máximo intérprete, garantiza un mínimo esencial o núcleo del derecho que ha de conservarse, es decir, unos rasgos mínimos que caracterizan y singularizan al derecho, haciéndolo reconocible. ¿Qué límite han de encontrar los poderes públicos en

su función de delimitación del derecho a la protección de la salud? La propia Constitución, y así lo ha proclamado su máximo intérprete, garantiza un mínimo esencial o núcleo del derecho que ha de conservarse, es decir, unos rasgos mínimos que caracterizan y singularizan al derecho, haciéndolo reconocible. Si bien las medidas de racionalización del gasto son siempre necesarias y los recursos, sobre todo, públicos, siempre serán limitados para atender las necesidades asistenciales de todos, es preciso establecer también un equilibrio entre el control del gasto y la garantía de que cada uno recibe la asistencia que necesita y que la decisión de incorporar un tratamiento al sistema de financiación pública se hace de acuerdo con los principios de proporcionalidad y racionalidad formal y con pleno respeto de los principios y valores constitucionales que se consagran en nuestro sistema constitucional, entre los que destacan la dignidad humana, la igualdad, la equidad, la autonomía, la beneficencia, la no maleficencia y la justicia. En consecuencia, en la adopción de decisiones es preciso atender no sólo a razones puramente económicas, sino también al contexto humano al que afecta la decisión, sobre todo, cuando se trata de grupos sociales especialmente vulnerables.

Tal dimensión ha sido igualmente reconocida por nuestro Tribunal Constitucional, cuando señala que la resolución de estos conflictos exige realizar un juicio de ponderación entre el derecho y la gestión del soporte económico que haga posible su cotidiana consecución, sin perjuicio del deber de todos los poderes públicos de garantizar a todos los ciudadanos el derecho. Tal ponderación exige colocar de un lado el interés general configurado por el beneficio económico asociado al ahorro y de otro el interés general de preservar el derecho social, sin perjuicio de que esa contraposición también tiene proyecciones individuales, puesto que la garantía del derecho a la salud no sólo tiene una dimensión general asociada a la idea de salvaguarda de la salud pública, sino una dimensión particular conectada con la afectación del derecho a la salud individual de las personas receptoras de las medidas adoptadas (Auto 239/2012, de 12 de diciembre). Esta tensión entre uno y otro término, el individual y el social “se encuentra ya en la Constitución, pues su artículo 43 se inicia con el reconocimiento del derecho a la protección a la salud, lo que abre de modo indeterminado la expectativa a cuantos medios sean adecuados y conducentes a la conservación y recuperación de la salud, para concluir el párrafo del número segundo, con el mandato de «la ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto», con lo que

una enmienda cuya autoría corresponde a Gregorio Peces-Barba para quien “este reconocimiento y publicación de los votos particulares supone uno de los caracteres más progresivos del Tribunal Constitucional, auténtica garantía para la minoría discrepante en el Tribunal y también para el afinamiento de las ponencias mayoritarias que tendrán la posibilidad de contrastarse públicamente; y sobre todo a nivel científico jurídico, con las opiniones discrepantes representadas por los votos particulares”. Vid. PECES-BARBA, G. (1981). *La Constitución española de 1978*, Valencia, Fernando Torres, pp. 252 y 353. Vid. también, CASCAJO CASTRO, J.L. (1986). “La figura del voto particular en la jurisdicción constitucional española”, *cit.*, p. 181.

55 BERNAL PULIDO, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 211 y 238 a 252.

56 ESCOBAR ROCA, G. (1998-1999). “Derechos fundamentales: una aproximación general”, *cit.*, p. 143.

al extender a «todos» el derecho, necesariamente está excluyendo aquellos medios que están fuera del ámbito especial de soberanía de la ley o, que por su propia índole emergente o limitada, como pueden ser los servicios de un excepcional facultativo, sólo son accesibles a algunos, no a todos” (STS (Sala 4.ª) de 31-X-1988).

Ello llama también a hacer un juicio de individualización de la decisión, ya que la exigencia de operatividad del derecho no puede articularse de manera generalizada como ocurre con los deberes de abstención que el Estado ha de asumir a través de las libertades que operan por igual para todos, sino que habrá que atender a las circunstancias en las que se encuentren los diferentes sujetos.

En cuanto al principio de racionalidad formal, el mismo se traduce, siguiendo a Ponce Solé, en una expresión del principio de interdicción de la arbitrariedad del legislador, que si bien, en palabras del propio Tribunal Constitucional (STC 73/2000, FJ 4), no puede ser idéntica a la desarrollada por la doctrina del Derecho administrativo, pues no es la misma la situación en que el legislador se encuentra respecto de la Constitución que aquella en que se halla el Gobierno, como titular del poder reglamentario, en relación con la Ley, ello no significa que aquél no esté sujeto a la Constitución. Así pues, al Tribunal le corresponderá, sin imponer constricciones indebidas al Poder Legislativo y con pleno respeto a las opciones políticas, controlar el simple capricho, la inconsecuencia o la incoherencia, por falta de toda explicación racional. Y en la aplicación de este principio cobran especial relevancia las exposiciones de motivos de las iniciativas legislativas (art. 88 CE) y los preámbulos de las leyes. La falta total de fundamento y justificación de las medidas regresivas el empleo retórico de apelaciones genéricas a la atención al contexto de austeridad y contención en el gasto público no deberían superar el test de interdicción de la arbitrariedad, salvo que, de alguna otra manera, y no por creación del Tribunal, se puedan constatar razones serias que ofrezcan soporte a la medida regresiva y evidencien⁵⁷.

Un ejemplo de aplicación de dicho principio como límite a los límites a los derechos sociales, lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 12 de abril de 2013, Ar. 675,

en la que se resuelve el recurso presentado frente a la previa y eventual inactividad del Servicio Gallego de Salud (SERGAS), consistente en la no-dispensación efectiva de un medicamento. El Tribunal señala, apoyándose en la doctrina del Tribunal Constitucional y tras realizar el correspondiente juicio de ponderación concluye que *“sí se ha producido una vulneración mediata del Art. 15 “ab initio” de nuestra Carta Magna por parte de aquella Administración institucional-autonómica, al denegársele de facto a dicho paciente y mediante su injustificada inactividad al respecto la dispensación de aquel fármaco”*.

El principal motivo que justifica la estimación del recurso es la falta de motivación de la decisión de denegar la prescripción con cargo al sistema público del medicamento, como se deduce del propio tenor de la Sentencia: *“Semejante vulneración mediata por aquel Ente institucional-autonómico de un derecho fundamental invocado -aquí aquel Art. 15 “ab initio” de nuestra Carta Magna - ... enlaza sin dificultad con la catarata de anomalías procedimentales y de fondo que han presidido la desviada y siempre omisiva actuación del Servicio”*, añadiendo el Tribunal que *“semejante inactividad prestacional por parte de aquella Administración institucional-sanitaria se encuentra viciada “ab initio” y en un mero plano formal siquiera sea a título de falta de motivación”*. Así pues, más que la vulneración de la exigida proporcionalidad, lo que la Sala imputa a la Administración es la infracción del principio de racionalidad formal, de manera que no se ha suministrado un criterio técnico-científico que permita contrarrestar la solicitud del paciente.

Junto a los principios de racionalidad material y formal, podría añadirse también la exigencia de atender en la evaluación del impacto del límite a cuáles son los grupos sociales afectados por la decisión, de manera que, como ya han declarado otras Cortes Constitucionales en relación con los derechos sociales, la protección de la vulnerabilidad operaría como un límite a los límites. Así, pueden citarse como verdaderos *seminal cases* en el Derecho constitucional comparado, la Sentencia del Tribunal Constitucional de Sudáfrica de 2002, caso *Ministry of Health v. Treatment Action Campaign*, el cual versó sobre la constitucionalidad de la negativa de los poderes públicos a sufragar un fármaco, y la dictada por el Tribunal Constitucional de Colombia el 31 de julio de 2008. El Tribunal colombiano establece en su Sentencia que la decisión pública que limite el derecho a la protección de la salud puede ser controlada por el Tribunal cuando la misma recaiga sobre grupos sociales que sean

⁵⁷ PONCE SOLÉ, J. (2013). *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*, Madrid, INAP, pp. 78 y 79.

susceptibles de una protección constitucional especial, es decir, grupos desfavorecidos o en peores condiciones que el resto de los ciudadanos para alcanzar unos mínimos vitales de subsistencia.

En nuestro ordenamiento constitucional, la operatividad del principio de protección frente a la vulnerabilidad se derivaría directamente de lo dispuesto en el artículo 9.2 en la medida a los poderes públicos a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, lo que supone un deber especial de protección de los colectivos más vulnerables. Como nos recordaba magistralmente el profesor Rubio Llorente, en ese momento Magistrado del Tribunal Constitucional, en su voto particular a la Sentencia 103/1983, *“La igualdad en la Ley no permite establecer distinción alguna entre los ciudadanos en cuanto tales y, en consecuencia, impide un tratamiento diferenciado de los derechos de participación o de los derechos de libertad. No tiene, ni, por mandato constitucional, puede tener, la misma rigidez cuando el legislador no contempla al ciudadano en su abstracta cualidad de tal, sino en su situación social concreta, como generalmente ocurre al configurar los derechos de prestación, cuya regulación necesariamente ha de tener presente la diferente «condición o circunstancia personal o social» de los posibles beneficiarios de la prestación, para dar cumplimiento al mandato constitucional que ordena al legislador, como a los demás poderes públicos, «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas». La configuración legal de un derecho de prestación sólo puede ser considerada discriminatoria por tanto, no por el simple hecho de establecer diferencias, sino sólo cuando la diferencia de tratamiento dada a distintos grupos sociales carezca de justificación razonable”,* aunque añade, a continuación, que *“es una medida de política legislativa cuya oportunidad y forma sólo el legislador ha de determinar y cuya incidencia sobre las pautas sociales de comportamiento sólo tiene efectos, como es obvio, hacia el futuro, no hacia el pasado”*.

En definitiva, el problema acerca de la eficacia del derecho a la protección de la salud y el control de las decisiones de limitación del mismo por los poderes públicos no responde a la ausencia de reglas que permitan en nuestro sistema constitucional un control de tales decisiones. Como hemos expuesto, los principios de racionalidad formal y material y el principio de protección frente a la vulnerabilidad pueden operar como reglas de control no robusto,

pero en absoluto poco eficaces, de las decisiones adoptadas por los poderes legislativo y ejecutivo en interpretación y desarrollo de tal derecho, sobre todo, en la medida que conecta con las condiciones mínimas de participación en el modelo democrático.

En este mismo sentido, resulta interesante citar nuevamente la Sentencia 139/2016 y el voto particular del Magistrado Valdés Dal-Ré que propone un específico test de control que actuaría como límite sustantivo a dicha libertad de configuración y desarrollo. El citado test estaría integrado por tres requisitos: en primer lugar, la obligación que coincide con el subprincipio de legitimidad; en segundo lugar, la propuesta de que las limitaciones de los derechos sociales deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que conectaría con el subprincipio de necesidad y con la teoría antes mencionada de los derechos sociales de primer nivel; y, por último, el principio de proporcionalidad que entendemos referido necesariamente al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Ello, en palabras del Magistrado discrepante, se podría frenar la interpretación «absolutizadora», o «hegemónica» en todo caso, que se ha hecho hasta ahora del principio de estabilidad presupuestaria sobre el Estado social.

Por lo tanto, el problema radica en que, en demasiadas ocasiones, el propio Tribunal Constitucional, bajo la excusa de las amplias facultades de configuración en manos de los poderes públicos en aplicación del artículo 53.3 de la Constitución, ha hecho un uso poco riguroso de los mecanismos de control que se le ofrecen. Como nos recuerda Sala Sánchez, de la doctrina del Tribunal Constitucional puede extraerse la conclusión de que los derechos sociales quedansometidos a la discrecionalidad del legislador y no solo para configurarlos, sino también con fundamento en la imposibilidad de sufragar su coste y mantenimiento. Inclusive podría pensarse que como no aparecen establecidos constitucionalmente los límites mínimos de las prestaciones sociales, los señalados por las leyes de desarrollo y disposiciones reglamentarias correspondientes podrían ser revisados en sentido restrictivo o sometidos al requisito de su propia y autónoma sostenibilidad financiera. Es más: habiéndose constitucionalizado el principio de estabilidad presupuestaria (art. 135 CE) en los términos ya analizados, alcanzado el límite del déficit o de la deuda, habría que reducir o limitar el derecho social de que se tratara sin ejercicio alguno de ponderación de este principio con el de derecho afectado⁵⁸.

58 SALA SÁNCHEZ, P. (2014). *La garantía constitu-*

Sin embargo, siguiendo al mismo autor, no es esta la conclusión correcta. En primer lugar, porque el Tribunal Constitucional ha afirmado la existencia de la irreversibilidad cuando ha podido vincular el aseguramiento del “status” adquirido con la garantía aplicable a derechos fundamentales propiamente dichos o con la necesidad, precisamente, de no primar posiciones económicas altas o por encima de las de perceptores normales de prestaciones de la Seguridad Social —y así resulta de los supuestos concretos en que, por ejemplo, fueron pronunciadas las SSTC, antes examinadas, 81/1982, 134/1987, 37/1994 y 128/2009—; y, en segundo término, porque existen claros límites derivados del ordenamiento constitucional que una eventual o producida reversión social nunca podría traspasar. Y, entre éstos destacan, los derivados de la necesidad de un razonamiento o motivación “suficiente” de la restricción, en virtud de la cual, puede considerarse cumplido dicho requisito con la mera apelación genérica a situaciones de crisis o incluso a los principios de sostenibilidad económica y estabilidad presupuestaria también recogidos en el Texto Fundamental, ya que ello no significaría otra cosa que desconocer la normatividad de la Constitución o degradar los derechos, mandatos o habilitaciones constitucionales a la condición de meras declaraciones programáticas. Los principios de estabilidad presupuestaria y su complementario de sostenibilidad financiera lo que proscriben es el despilfarro, verdadera antesala, de la corrupción cuando no la corrupción misma. El sacrificio de los derechos sociales no puede tener como único fundamento el ahorro, sino que éste —el ahorro— debe estar al servicio del mantenimiento de tales derechos⁵⁹.

Y es que una reducción de derechos sociales o, peor aún, una supresión de los mismos después de su configuración legislativa sin efectuar un cumplido razonamiento, haría incidir a la ley que así lo dispusiera en la arbitrariedad que veda el art. 9.3 de la Constitución⁶⁰.

También, Barrera Ortega apunta, coincidiendo con la opinión que venimos manteniendo, que los

recursos y las posibilidades interpretativas en garantía del Estado social y de los derechos sociales existen en nuestro sistema jurídico, por lo que se trata de optimizarlos y no de sustituir al legislador democrático ni de ahogar al pluralismo político⁶¹. Todo reside, por tanto, en evitar caer de nuevo en lo que Jimena Quesada ha denominado elocuentemente Jurisprudencia anticrisis en relación con la denominada legislación anticrisis, habiéndose limitado aquélla a confirmar de modo coyuntural ésta⁶² y no en fórmulas que pueden acabar por debilitar aún más a los derechos sociales, aunque en mera apariencia se les dote de una aparente mayor eficacia y carácter vinculante. El problema radica, como en muchas otras partes de nuestra realidad, no tanto en el propio modelo, sino en la interpretación que del mismo ha hecho el Tribunal Constitucional. La limitación o sacrificio del derecho a la protección de la salud no puede tener como único fundamento el ahorro, sino que éste debe estar precisamente al servicio el mantenimiento de tal derecho, porque, si bien tenemos crisis, también tenemos Constitución⁶³.

Una ingeniería constitucional tan magistralmente diseñada tras las experiencias de la Segunda Guerra Mundial y que ha consolidado, no sólo en España, sino en toda Europa una etapa de paz absolutamente desconocida en nuestra Historia reciente, hubiera exigido un papel algo más activo de los Tribunales Constitucionales y, especialmente, del nuestro, siendo un ejemplo de ello, el cambio doctrinal operado en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su papel concreto de garante de los derechos y libertades consagrados en la Carta, en la Sentencia *Lendra Advertising*, en la que el Tribunal recordó, pese a lo manifestado poco antes en *Pringle*, que los derechos consagrados en la Carta constituyen un parámetro de enjuiciamiento de los acuerdos que se adopten al amparo del Mecanismo, no sólo contando ya el efecto práctico u utilidad económica del rescate, sino también los derechos de los ciudadanos de la Unión. Esperemos que nuestro Tribunal Constitucional sepa, pues, en el futuro próximo encontrar de nuevo la senda que marca el caso *Lendra*.

cional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica, Discurso de Investidura como Doctor Honoris Causa, Valencia, Universitat de València, p. 68. Puede accederse a dicho discurso a través de la web de la citada Universidad, en <https://www.uv.es/rectorat/discursos/honoris/pascualsala/LectioPascualSalaCAST.pdf>. Último acceso el 11 de febrero de 2018.

59 SALA SÁNCHEZ, P. (2014). La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica, *op. cit.*, pp. 68 y 69.

60 *Ibidem*, pp. 69 y 70.

61 BARRERO ORTEGA, A. (2017). “A vueltas con la exigibilidad de los derechos sociales”, en BARRERO ORTEGA, A., (Coord.). *Derechos sociales. Lecturas jurídicas en tiempos de crisis*, *op. cit.*, p. 104.

62 JIMENA QUESADA, L. (2017). Devaluación y blindaje del Estado social y democrático de Derecho, Valencia, Tirant lo Blanc, p. 26.

63 SALA SÁNCHEZ, P. (2014). *La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica ...*, *op. cit.*, p. 68.