

Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 4123-2012.

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Pleno en la que se sustenta la sentencia, manifiesto mi discrepancia con la fundamentación jurídica y con el fallo, que considero que hubiera debido ser parcialmente estimatorio.

1. *Inconstitucionalidad del Real Decreto-ley por vulneración del art. 86.1 CE, ya que la urgencia y extraordinaria necesidad invocadas para su promulgación no justifica la exclusión de la asistencia sanitaria de determinados colectivos.*

A mi juicio, hubiera debido estimarse la impugnación relativa al art.1.Uno y, por conexión, la del art. 1.Dos, la de la disposición transitoria primera y la de la disposición final tercera, pues considero que, en relación con estos preceptos, no existe la debida conexión de sentido entre la situación de urgencia que, según el Gobierno, justifica dictar el Decreto-ley y las medidas que los referidos preceptos establecen. Por este motivo, respecto de los preceptos indicados, no puede, a mi juicio, considerarse que concurra la extraordinaria y urgente necesidad que exige el art. 86.1 CE para que el Gobierno pueda dictar este tipo de normas.

El art. 1.Uno tiene como objeto modificar el art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y efectuar una nueva regulación de la condición de asegurado. Esta nueva regulación determina que queden excluidos de la asistencia sanitaria prestada con fondos públicos por el Sistema Nacional de Salud los extranjeros en situación de irregularidad migratoria (salvo que sean menores de edad o si son mayores edad la asistencia sanitaria sea urgente o sea asistencia durante el embarazo, parto o postparto) y los españoles y extranjeros que residan legalmente en España que no tengan la condición de asegurado o beneficiarios –por no encontrarse en ningún de los supuestos que según el art. 3.2 de esta norma determinan esta condición– y cuenten con unos ingresos anuales superiores a 100.000 € (Real Decreto 1192/2012 en relación con el nuevo art. 3.3 de la Ley 16/2003).

La opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia considera que esta nueva definición de la condición de asegurados y beneficiario del Sistema Nacional de Salud y la consiguiente exclusión de los colectivos a los que se acaba de hacer referencia de la asistencia sanitaria prestada con cargo a fondos públicos es una medida adecuada para hacer frente a la situación de urgencia y necesidad en la que el Gobierno justifica el dictar el Real Decreto-ley, al apreciar que esta regulación tiene como finalidad “concretar, en aras al ahorro de costes y a la

mejora de la eficacia del sistema, los sujetos que tienen la condición de asegurados del SNS”. Por ello se sostiene que existe “la conexión de sentido entre la situación de urgencia, derivada de las dificultades por las que atraviesa el sistema sanitario público, y la medida adoptada, en cuanto persigue la reducción de los gastos que se financian con cargo a dicho sistema y se relaciona, por tanto, con su sostenibilidad”.

Como he adelantado no comparto esta conclusión. A mi juicio, en este caso para considerar que existe la conexión de sentido entre la medida adoptada y la situación de urgencia que legitima su adopción no basta con apreciar que a través de la misma se pueden reducir gastos, pues las razones por las que el Gobierno ha considerado “imprescindible regular, sin más demora la condición de asegurado” no es que la asunción del coste de la asistencia sanitaria que se presta a esos colectivos no puede ser asumida por el sistema, dadas las dificultades económicas por las que atraviesa, sino que se invocan razones muy distintas. Estas razones, según el preámbulo del Real Decreto-ley impugnado, son, por una parte, 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”. Junto a ello se alude a los problemas suscitados en relación con el reconocimiento del derecho de asistencia sanitaria a ciudadanos de la Unión Europea. Según se afirma, las Comunidades Autónomas “han extendido el derecho de cobertura sanitaria de forma muy diversa y sin tener en cuenta la legislación europea en materia de aseguramiento, poniendo en riesgo la solvencia del propio Sistema Nacional de Salud y abocándolo a procedimientos de infracción por parte de la Comisión Europea que reclama la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato” y también se hace referencia a los problemas que suscita la aplicación del régimen comunitario de compensación sanitaria. Por todo ello, según se afirma en el preámbulo del Real Decreto-ley, “[s]e impone [...] 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” (apartados II y III del preámbulo del Real Decreto-Ley 16/2012).

Y razones muy similares fueron las aducidas por la ministra en el debate de convalidación del Real Decreto-ley ahora impugnado en las que, como se recoge en el Fundamento Jurídico 4 de la sentencia, se hace expresa referencia a la necesidad de evitar el llamado “turismo sanitario”.

De ahí que para que pueda apreciarse la necesaria conexión de sentido entre la medida adoptada –la definición de la condición de asegurado y beneficiario– y la situación de urgencia que la justifican –evitar el llamado “turismo sanitario” y que el Sistema Nacional de Salud tenga que asumir el coste de la asistencia sanitaria de personas que ya la tienen cubierta en sus países de origen– sería preciso que mediante la nueva regulación de la condición de usuario que el art. 1. Uno del Real Decreto 16/2012 efectúa pudieran solventarse alguno de estos problemas. Sin embargo, la reforma que lleva a cabo este concreto precepto (el art. 1. Uno) no establece ninguna previsión sobre tales extremos, pues no adopta ninguna medida que esté destinada a cumplir ninguna de esas finalidades. La única medida que se deriva de la nueva regulación es la exclusión de los dos colectivos anteriormente señalados [los extranjeros en situación de irregularidad migratoria y la de aquellos españoles o extranjeros que residen legalmente en España que, por no encontrarse en ninguna de las circunstancias que prevé el nuevo art. 3.2 de la Ley 16/2003, no tienen la condición de asegurado o beneficiario del Sistema Nacional de Salud y superan el límite de ingresos que reglamentariamente se establezca (actualmente 100.000 €)] y, como es evidente, esta medida no es adecuada para corregir ni los problemas originados por el “turismo sanitario” ni soluciona los problemas que pueden plantear la asistencia sanitaria a los ciudadanos comunitarios, pues la asistencia sanitaria que se prestaba a los colectivos ahora excluidos no planteaba ninguno de esos problemas.

Por todo ello considero que, aunque el presente caso el Gobierno justifique la adopción de este Real Decreto-ley en la graves dificultades económicas por las que atraviesa el Sistema Nacional de Salud, esta justificación de carácter general de la situación de extraordinaria y urgente necesidad que le legitima para adoptar esta norma no permite entender que la exclusión de los referidos colectivos de la asistencia sanitaria prestada con fondos públicos sea una medida que, aunque pueda conllevar un ahorro económico para el Sistema Nacional de Salud, tenga conexión de sentido con la situación de urgencia declarada. Ha de tenerse cuenta que, en este caso, el Gobierno no solo no ha alegado que las razones que le llevan a modificar la condición de asegurado sea reducir gastos, sino que, lo que a estos efectos es más importante, ha fundamentado este cambio normativo en una medidas completamente distintas y que nada tienen que ver con el coste económico que la prestación sanitaria a los colectivos excluidos tienen para el sistema. Por ello, la nueva regulación de la condición de asegurado, al no adecuarse a los fines que según el propio Gobierno ha de cumplir esta regulación –ni tiende a evitar el turismo sanitario ni corrige los problemas que pueda suscitar la prestación de asistencia sanitaria a los ciudadanos comunitarios– carece de la necesaria conexión de sentido con la situación de urgencia definida.

La circunstancia de que la medida adoptada, al contribuir “al ahorro de costes y a la mejora de la eficiencia del Sistema” puede coadyuvar a la consecución de los fines genéricos que justifican la adopción de este Real Decreto-ley, que es la razón en la que la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia justifica que se cumple el requisito de la conexión de sentido, no es, en mi opinión, argumento bastante para considerar cumplida la referida exigencia. El juicio que a estos efectos realice este Tribunal no puede sustituir, como se ha afirmado reiteradamente, el juicio político del Gobierno, y en este caso el Gobierno ha declarado que la finalidad pretendida con la modificación del régimen jurídico que regula condición de asegurado del sistema de seguridad social era solventar unos problemas que la regulación de la condición de asegurado que establece este Real Decreto-ley no entra a resolver.

Por todo ello considero que hubiera debido declararse la inconstitucionalidad y nulidad del art. 1.Uno del Decreto-ley 16/2012, por el que se modifica el art. 3 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y, además, por conexión, la del art. 1.Dos, la de la disposición transitoria primera y la de la disposición final tercera que modifica artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. La declaración de nulidad de esta disposición final, aunque no la solicita el Parlamento recurrente, hubiera sido esencial para no crear un vacío jurídico en relación con los derechos a la asistencia sanitaria de los extranjeros, que hubiera conllevado la declaración de inconstitucionalidad del referido precepto si mi tesis hubiera prosperado. Debe tenerse en cuenta que si se hubiera anulado el art. 1 Uno del Real Decreto-ley 16/2012, no se llevaría a cabo la modificación del art. 3 de la ley 16/2003 y, en consecuencia “reviviría” la redacción anterior de esta norma que reconocía el derecho a la asistencia sanitaria en los términos establecidos en el art. 12 de la ley de extranjería; precepto que, antes de su modificación por la disposición final 3 de este Decreto ley, establecía que tenían derecho a la asistencia sanitaria los extranjeros inscritos en el padrón municipal. Por ello, al existir una clara conexión entre el art. 1 Uno y la disposición final tercera de este Decreto-ley (conexión que se reconoce expresamente en el apartado III de la exposición de motivos del Real Decreto-ley) hubiera habido que declarar inconstitucional también la referida disposición final.

Agotado así el razonamiento formal, me interesa ahora subrayar, finalmente, que el Real Decreto-ley, como medida legislativa de carácter excepcional, está sujeto no solo al control jurídico por parte de este Tribunal, sino, muy señaladamente, al control político por parte del Parlamento, a quien corresponde su convalidación, y de la opinión pública. Por esto resulta esencial que el Gobierno exprese correctamente la situación de extraordinaria y urgente necesidad

en que funda la necesidad de su intervención como legislador extraordinario. No es aceptable, especialmente ante medidas de la importancia de la que he venido enunciando, una desviación en la expresión de la urgencia alegada respecto de la que hipotéticamente podría justificar una medida de tal naturaleza. Este defecto, calificado tradicionalmente en el lenguaje propio del Tribunal como “falta de conexión de sentido”, tiene, en este caso, un significado cuya especial importancia salta a la vista.

2. Inconstitucionalidad del Real Decreto-ley por vulneración del art. 43 CE, ya que resulta desproporcionado privar del derecho a la protección de la salud a los extranjeros en situación de irregularidad migratoria.

El segundo motivo que considero que debería haber llevado a estimar el recurso de inconstitucionalidad, en lo relativo a la completa privación de la asistencia sanitaria al colectivo de extranjeros en situación de irregularidad migratoria –con las excepciones ya reiteradas de la asistencia en casos de minoría de edad, atención de urgencia y en situación de embarazo, parto y postparto-, es que esta modificación legislativa vulnera el art. 43 CE, por suponer un sacrificio desproporcionado del derecho a la protección de la salud de este colectivo.

Las razones por las que discrepo con la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia sobre este particular son enteramente coincidentes con las expuestas en el apartado “*III. Sobre la infracción por el Real Decreto-ley 16/2012 del art. 43 CE en lo relativo a la modificación del sistema de protección de la salud del que venían disfrutando los extranjeros sin permiso de residencia*” del voto particular formulado por el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré al que me adhiero.

En Madrid, a veintiuno de julio de dos mil dieciséis.