

Las bases como “máximo” común: comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional 134/2017, de 16 de noviembre, y 145/2017, de 14 de diciembre que consideran básica la exclusión de determinadas personas del sistema sanitario público

Eduard Roig Molés.

Profesor de derecho constitucional. Universidad de Barcelona

1.- Del mínimo común garantista al máximo común excluyente

El alcance de las bases en nuestro sistema de distribución competencial ha sido objeto de una deriva expansiva bien conocida. Al margen ahora de las causas y justificación de esa deriva, el resultado final ha sido que la decisión estatal sobre tal alcance se somete a un difícil control caso por caso (de reducida efectividad cuando menos) y no encuentra más que dos límites generales: los requisitos formales (en sí mismos también polémicos) y el carácter de “mínimo común” que justifica la propia noción de bases y, en consecuencia, permite que las Comunidades dispongan siempre de un campo de ampliación o “mejora” de ese mínimo estatal. Esta construcción ha sido especialmente relevante en relación con los derechos de carácter prestacional, y la atención sanitaria es un buen ejemplo de ello. Como bien recuerda el Tribunal en las sentencias comentadas, la jurisprudencia sobre las bases en materia de sanidad las concibe como un instrumento que “preserve la existencia de un sistema normativo sanitario nacional con una regulación uniforme y de vigencia en todo el territorio español, eso sí, sin perjuicio ... de las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas ... dirigidas. En su caso, a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador...” (STC 98/2004, FJ 7 recogida de nuevo en el FJ 4 de la STC 134/2017).

Pues bien, como sucede en no pocas ocasiones, el recuerdo inicial de los términos de la jurisprudencia constitucional sirve para revertirla y afirmar su contrario. En las sentencias comentadas el Tribunal Constitucional asume el carácter básico de los preceptos estatales en cuanto garantes de un contenido (mínimo) a prestar (lo que no se discutía en ningún momento), pero además afirma su carácter excluyente de otros contenidos que, sin ser contrarios a lo previsto en la norma estatal, no se deriven de la misma. Esto es, el sistema sanitario debe proteger a las personas que determina la norma básica (contenido mínimo), pero no puede proteger adicionalmente a otras personas (sin afectar la protección de los primeros) que decidan las Comunidades Autónomas.

El razonamiento del TC merece especial atención: las normas básicas pueden garantizar el ámbito subjetivo de las prestaciones, lo que se desprende de la anterior jurisprudencia del Tribunal (FJ 5 con cita esencialmente de la STC 139/2006)); así que debe examinarse qué pretende la norma básica estatal del año 2012 y, comprobando su voluntad de exclusión de otros sujetos (FJ 5), debe declararse el carácter contradictorio de las normas autonómicas de desarrollo y su consiguiente nulidad (c. FJ 6 y ss.). Un examen de ese razonamiento muestra que en ningún lugar argumenta el Tribunal el porqué de la inclusión en el ámbito material de lo básico de una norma que constituye una prohibición de mejoras y no un *mínimo* de delimitación subjetiva de las prestaciones. Con razón, el voto particular de los Magistrados Valdés Xiol, Conde

Pumpido y Balaguer se fundamenta precisamente en la falta de carácter material básico de una interpretación de la norma estatal que pretenda evitar adiciones autonómicas (“mejoras”) al ámbito subjetivo estatal, cuestión que centra también el voto particular del Magistrado Narváez.

Cabe destacar así dos elementos en las sentencias comentadas:

- En primer lugar, la citada admisión como básico del carácter “máximo” de las previsiones estatales sobre el ámbito subjetivo del sistema sanitario, dejando fuera del mismo a quienes las normas autonómicas anuladas habían incluido. Se asume así la posibilidad de excluir, con carácter básico, la capacidad de desarrollo legislativo autonómico en casos en que tal desarrollo no es contrario en sí mismo a los contenidos garantizados en la norma básica. De este modo, la capacidad de ampliación del ámbito de protección más allá de las bases “se halla en función, precisamente, de los límites y del alcance que las propias bases del Estado fijen, con fundamento en los intereses generales que aquel justifique” (FJ 5), es decir, en manos de la voluntad estatal.
- Y, en segundo lugar, la muy reducida argumentación que el Tribunal dedica a esta cuestión. Frente a la atención exhaustiva de los votos particulares, la Sentencia se limita a afirmar el carácter básico de la citada interpretación excluyente de la norma estatal mediante tres argumentos: la función de garantía de la sostenibilidad del sistema, la afectación a un derecho constitucional y los precedentes en la jurisprudencia del propio Tribunal. A cada uno de ellos dedicamos de inmediato breve atención.

2.- La (pretendida) interpretación en razón de la garantía de la sostenibilidad del sistema

El elemento central de la interpretación de las sentencias está en la referencia a una finalidad expresa de la norma básica: “establecer un sistema que permita una mayor racionalización del gasto sanitario y un reforzamiento de la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud” (FJ 5). Pero el Tribunal no se cuestiona en ningún momento si la instrumentación de tal finalidad mediante la exclusión de la capacidad de mejora autonómica es o no adecuada: así, no se presta atención ninguna a elementos como (a) el impacto real sobre la sostenibilidad de la exclusión de sujetos, (b) la realidad de la afectación a la sostenibilidad del Sistema cuando la atención a dichos sujetos se realiza con financiación propia de la Comunidad, la existencia de otros mecanismos de garantía de la sostenibilidad financiera del sector público (c) o, por último, (d) la legitimidad constitucional de la distribución de la carga de la sostenibilidad (que gravita en exclusiva precisamente sobre quienes tienen menos recursos). Llama la atención que, una vez más, el Tribunal se fundamente en una valoración económica sin recurrir a elemento objetivo alguno respecto de sus magnitudes y aceptando sin más la posición estatal. Esta forma de interpretación comporta la generación de un nuevo título horizontal (aplicable al menos a las competencias básicas) de carácter negativo: la posibilidad de excluir actuaciones autonómicas adicionales por razón de gasto.

3.- *La (ausente) fuerza interpretativa de los derechos del Capítulo III del Título I de la Constitución*

El Tribunal dedica una atención sorprendente a la protección constitucional del derecho a la salud en el art. 43 CE. Sorprendente porque de tal atención no deriva la interpretación más favorable a la efectividad del derecho (recuérdese que la interpretación de la norma estatal como limitadora de ampliaciones era polémica), sino que lo convierte en un argumento en favor de la existencia de un mayor margen de competencia estatal. Así el Tribunal parte de la afirmación de la necesidad de dotar de la mayor fuerza normativa posible a los derechos del Capítulo III, para a continuación identificar tal mayor eficacia con la capacidad del Estado para garantizar la sostenibilidad del Sistema y no con la de las Comunidades para ampliar el ámbito de protección de los derechos.

4.- *El (mal) uso del precedente*

Por último, la Sentencia contiene un uso que está deviniendo lamentablemente habitual en nuestro Tribunal: el recurso al precedente como modo de argumentación que, sin embargo, oculta tanto el carácter de *obiter dicta* de dicho precedente como los elementos diferenciales respecto de del caso a decidir. Así, en nuestro caso la continuada cita de la STC 139/2006 desconoce que en tal procedimiento el Tribunal se pronunció sobre el carácter básico de la determinación subjetiva de los beneficiarios del Sistema y la posibilidad constitucional de excluir a determinados sujetos, en cuyo contexto deben entenderse las afirmaciones reproducidas que asumen ambos elementos. Pero no examinó ni su carácter excluyente de eventuales desarrollos autonómicos, ni esta cuestión era la que se planteaba en aquel caso, por lo que afirmaciones ajenas a la misma no deberían presentarse ahora como precedentes ni, sobre todo, prejuzgar sin más argumento una cuestión sometida al Tribunal ahora y no en aquella Sentencia. Refugiarse en la propia jurisprudencia es una figura legítima y efectiva sólo si tal refugio se hace de modo adecuado a la jurisprudencia original y sin discutir elementos diferenciales de los nuevos supuestos. En caso contrario, es un instrumento de deslegitimación del propio Tribunal por cuanto deja sin argumentar jurídicamente sus posiciones.