



## Papeles el tiempo de los derechos

### RIGIDEZ, RESISTENCIA Y RESILIENCIA CONSTITUCIONAL FRENTE A LA VULNERABILIDAD DE LOS DERECHOS

**Marta León Alonso**  
Prof.ª Contratada Doctora  
Área de Derecho constitucional  
Departamento de Derecho público general  
Universidad de Salamanca  
[martala@usal.es](mailto:martala@usal.es)

**Palabras clave:** crisis económica; vulnerabilidad; derechos sociales; Estado social, reforma constitucional; Tribunal Constitucional; rigidez constitucional; resistencia constitucional; resiliencia constitucional.

Número: 16      Año: 2016

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)  
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)  
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)  
Manuel Calvo García (Universidad de Zaragoza)  
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)  
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)  
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)  
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)  
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)  
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)  
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)  
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)  
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)  
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)  
Eduardo Ruiz Vieytes (Universidad de Deusto)  
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)

# **RIGIDEZ, RESISTENCIA Y RESILIENCIA CONSTITUCIONAL FRENTE A LA VULNERABILIDAD DE LOS DERECHOS\***

**León Alonso, Marta  
Prof.<sup>a</sup> Contratada Doctora  
Área de Derecho constitucional  
Departamento de Derecho público general  
Universidad de Salamanca  
martala@usal.es**

**Sumario:** 1.- Crisis económica y vulnerabilidad. La limitación de los derechos constitucionales. 2.- Las transformaciones del modelo de Estado constitucional. La vulneración de la primacía de la Constitución. 3.- Rrigidez, resistencia y resiliencia constitucional frente a la vulnerabilidad.

## **1. Crisis económica y vulnerabilidad. La limitación de los derechos constitucionales.**

La *Encuesta de Condiciones de Vida*, realizada en 2015 por el Instituto Nacional de Estadística (INE), arroja una serie de datos que evidencian el alto grado de vulnerabilidad de la población española. Según el INE el 28,6% de los ciudadanos está en situación de exclusión social, es decir, casi una de cada tres personas. Esta tasa alcanzó el máximo de la serie histórica en 2014 con un 29,2%. Tal y como explica el INE, en la nota de prensa que acompaña a esta encuesta, este indicador no mide la pobreza absoluta, sino la desigualdad.

La vulnerabilidad está vinculada a la desigualdad en el disfrute de los derechos constitucionales básicos. Los factores causantes de una efectiva o potencial vulnerabilidad pueden ser inherentes al grupo al que pertenece el individuo (endógenos) o deberse a su relación con el entorno (exógenos). Entre los primeros se citan la edad, el sexo o la discapacidad. Entre los segundos se destacan los condicionantes sociales, económicos y jurídicos. En el momento actual, los factores económicos están provocando que aumente la brecha social. La ciudadanía vive procesos y estados de inseguridad e inestabilidad que condicionan y dificultan la integración social o el mantenimiento del estándar de vida que se consideraba normal antes del estallido de la crisis. Se ha producido un tránsito desde una situación anterior en la que se disfrutaba de una relativa seguridad a la experiencia actual de la fragilidad, condicionada por la situación económica. La vulnerabilidad creciente, como sensación subjetiva y realidad objetiva, se ha adueñado de la conciencia social<sup>1</sup>. La idea según la cual todos somos

---

\* El presente texto reproduce la comunicación presentada en el Tercer Congreso internacional “El tiempo de los derechos”, celebrado en la Universidad de Cádiz el 17 y 18 de noviembre de 2016, y desarrolla una de las líneas del proyecto de investigación “Configuración y continuidad de las respuestas normativas a la crisis”, referencia: DER 2013- 42600-P. Ministerio de Economía y Competitividad de España.

<sup>1</sup> J. M. PARRILLA FERNÁNDEZ, “La construcción social de la vulnerabilidad en la crisis actual”, en *La protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*. M. A. PRESNO LINERA (Coord.), 2013, p. 96

potencialmente vulnerables se ha extendido generando miedo y desconfianza. Por ejemplo, ha aumentado el llamado “presentismo laboral” o “síndrome de la silla vacía”. Los trabajadores, frente a la amenaza real del desempleo, acuden a su puesto de trabajo incluso en situaciones de enfermedad o permanecen en la empresa más allá de la jornada laboral, lo que implica un menoscabo de los derechos sociales.

La crisis económica tiene un efecto dominó sobre los derechos. La precariedad laboral desencadena la pérdida de otros derechos como el derecho a una vivienda digna. De nuevo la objetividad de los datos corrobora esta afirmación. Según el informe sobre los *Efectos de la crisis económica en los órganos judiciales*, elaborado por la Sección de Estadística del Consejo General del Poder Judicial, en el segundo trimestre de 2016 el número de lanzamientos ejecutados se eleva a 18.739<sup>2</sup>. Tras el estallido de la burbuja inmobiliaria, se han hecho algunos intentos por cumplir los compromisos internacionales y el mandato previsto en el art. 47 CE, según el cual los poderes públicos «promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación». Sin embargo, las políticas habitacionales de la última década han tenido efectos muy limitados. La Sociedad Pública de Alquiler ha desaparecido. Las ayudas económicas al alquiler no llegaron a los colectivos más vulnerables. Para la protección de los deudores hipotecarios, se aprobó la *Ley 1/2013*, de 14 de mayo, *de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social* que fue modificada por el *Decreto Ley 1/2015, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social*. Estas normas fijan, entre otras medidas, la suspensión hasta el año 2017 de los desahucios de familias que se encuentren en situación de especial vulnerabilidad. Estos cambios normativos no dejan de ser coyunturales y no resuelven el problema de fondo.

Algunas Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias, han elaborado sus propias políticas públicas en las que se incide sobre la función social de la vivienda. En Andalucía la Junta aprobó el *Decreto-Ley 6/2013*, de 9 de abril, *de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda*, que preveía multar a los propietarios de viviendas vacías, crear un registro de viviendas deshabitadas, o expropiar temporalmente a los bancos de aquellas propiedades que tras una ejecución hipotecaria sus titulares fueran a ser desalojados y corriesen riesgo de exclusión social. El Gobierno del Estado planteó un recurso contra el decreto andaluz ante el Tribunal Constitucional, resuelto por la Sentencia 93/2015, de 14 de mayo, que lo ha declarado inconstitucional. En su decisión el Tribunal Constitucional alega que la norma andaluza regula aspectos relativos al derecho a la propiedad, una materia que está vedada al decreto-ley. Además, al prever la expropiación de viviendas vacías, invade competencias que la Constitución atribuye en exclusiva al Estado.

Con la misma finalidad —potenciar la dimensión social de la vivienda— el País Vasco aprobó la *Ley 3/2015*, de 18 de junio. En ella se contempla la expropiación temporal de pisos de propiedad de entidades bancarias, la imposición de un canon a viviendas vacías y se reconoce a los ciudadanos que se encuentren en riesgo de exclusión social el derecho subjetivo de acceso a la vivienda, que puede ser ejercitado y reclamado ante los tribunales. Como era previsible, el Gobierno del Estado interpuso un

---

y sigs. <https://presnolinera.files.wordpress.com/2013/09/proteccic3b3n-jurc3addica-de-las-personas-y-grupos-vulnerables.pdf> [Consulta: 12 de octubre de 2016].

<sup>2</sup> El 53,9 % de los lanzamientos (9.909) fue consecuencia de procedimientos derivados de la Ley de Arrendamientos Urbanos; el 42,1 % (7.741) fueron ejecuciones hipotecarias y los 741 restantes obedecieron a otras causas.

recurso de inconstitucionalidad que ha sido admitido a trámite mediante providencia de 12 de abril de 2016 y que en este momento está pendiente de resolución.

Las tensiones entre Gobierno central y Comunidades Autónomas se han recrudecido. Frente a las políticas de austeridad estatales, los gobiernos y parlamentos autonómicos reaccionan y reivindican una mayor protección de las personas y grupos en situación de vulnerabilidad. Otro ejemplo de esta tensión lo encontramos en el ámbito sanitario. El Estado, mediante el *Real Decreto-Ley 16/2012*, de 20 de abril, estableció restricciones en el acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud que sólo están disponibles para los asegurados y beneficiarios. Algunas Comunidades se negaron a aplicar el Decreto-Ley y aprobaron sus propias normas que mantienen la cobertura universal. Este es el caso del País Vasco y su *Decreto 114/2012*, de 26 de junio, sobre *régimen de las prestaciones sanitarias del SNS en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi*. La norma autonómica establece la titularidad universal del derecho a la asistencia sanitaria, extendiendo las prestaciones sanitarias en el País Vasco a las personas que no sean ni asegurados ni beneficiarios del sistema de salud. En la Comunidad Foral de Navarra se planteó una situación similar con la aprobación de la *Ley Foral 8/2013*, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en este territorio el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita, cualquiera que sea su edad, nacionalidad o situación legal o administrativa. El último caso de enfrentamiento se ha producido con la Comunidad valenciana, que ha aprobado el *Decreto-Ley 3/2015 por el que se regulaba el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunitat Valenciana*. Las tres normas autonómicas han sido recurridas por el Gobierno ante el Tribunal Constitucional. Este órgano ha decidido levantar su suspensión provisional —que es un efecto automático que se produce cuando quien plantea el recurso es el Gobierno, según se prescribe en el art. 161.2 CE— mientras se resuelven los recursos y así permitir su aplicación ya que, en palabras del Tribunal Constitucional, el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado.

La crisis económica, como condicionante exógeno, también agudiza las desigualdades entre mujeres y hombres. El desmantelamiento de las políticas de igualdad y los recortes presupuestarios contribuyen a generar un mayor grado de vulnerabilidad, en especial de las víctimas de violencia de género<sup>3</sup>. Veamos algunas cifras, ya que las palabras acompañadas de datos ganan fuerza. Según el Foro Económico Mundial, España ha sido unos de los países europeos que más ha retrocedido en el índice de equidad de género desde que estalló la crisis económica. Para calcular este índice, el Foro Económico Mundial evalúa anualmente a más de ciento cuarenta países y mide la brecha entre mujeres y hombres en cuatro sectores: la economía y el mercado laboral, la educación, la participación política y, por último, la sanidad y la esperanza de vida. En el año 2007 estábamos entre los diez primeros países del mundo en materia de igualdad. En 2013, en plena crisis y con los recortes presupuestarios, España pasó a ocupar el puesto número treinta. Aunque en el informe de 2015 se observa una pequeña mejoría que nos sitúa en el puesto número veinticinco, todavía estamos muy lejos de los puestos de cabeza entre los que se encuentran Islandia, Noruega, Finlandia y Suecia.

<sup>3</sup> E. LOMBARDO y M. LEÓN, “Políticas de género y sociales en España: origen, desarrollo y desmantelamiento en un contexto de crisis económica”, *Investigaciones Feministas*, núm. 5, 2014, pp. 13-56.

Por otro lado, la Organización de Naciones Unidas (ONU) ha examinado a España en varias ocasiones para verificar el grado de cumplimiento de la *Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer*. El art. 18 de esta norma establece que los Estados presenten periódicamente al Secretario General de las Naciones Unidas un informe sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que se hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la Convención, para ser evaluados por el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer. A finales de 2013, el Gobierno español presentó el VII y VIII informe combinado, correspondiente al período 2008-2013. La lectura de este informe provoca una extraña sensación, porque da una imagen en nuestra opinión distorsionada de lo que realmente ha ocurrido en los últimos años. Debemos aclarar que la evaluación de Naciones Unidas, no sólo se hace sobre la base del informe estatal, sino que se tienen igualmente en cuenta los denominados informes sombra, confeccionados por organizaciones no gubernamentales, que por lo general suelen ser más críticos y exhaustivos. El informe sombra español se defendió en Ginebra en el mes de noviembre de 2014. El Comité, una vez examinados ambos documentos, emitió en julio de 2015 su dictamen sobre el grado de cumplimiento de las obligaciones del Estado español. En líneas generales, la valoración es negativa. El Comité observa con preocupación que la crisis y las medidas de austeridad adoptadas para hacerle frente han tenido consecuencias nefastas en todas las esferas de la vida de las mujeres. Se insiste en que incluso en tiempos de crisis deben realizarse esfuerzos especiales para respetar los derechos, mantener y ampliar la inversión y la protección social, y emplear un enfoque que incorpore las cuestiones de género, dando prioridad a las mujeres que se encuentren en situaciones vulnerables y evitando medidas regresivas.

La crisis económica ha tenido un efecto perverso sobre la violencia de género. En los años más críticos, el número de víctimas mortales. En el siguiente cuadro se puede observar que en 2012 las mujeres asesinadas fueron 52, la cifra más baja de los últimos años.

Año	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Asesinadas	75	74	59	74	68	52	55	58	62

**Fuente:** elaboración propia a partir de los datos facilitados por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial

Expertos y autoridades (Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género, entre otros) coinciden en que este descenso es consecuencia directa de la crisis y dista mucho de ser positivo. La dependencia económica de las víctimas tiene un efecto disuasorio sobre las denuncias. Además, el deterioro de los servicios de protección en las distintas Comunidades Autónomas, en particular la limitada disponibilidad de casas de acogida, desanima a las mujeres a la hora de tomar la decisión de alejarse de su maltratador. El número de separaciones y divorcios ha disminuido, y con ello el número de asesinatos, porque el riesgo de sufrir una agresión mortal aumenta cuando la víctima decide abandonar a su pareja. A partir del momento en que se ha anunciado una relativa mejora de la macroeconomía, el número de víctimas repunta y sale a la luz esa “bolsa de maltrato” que ha permanecido oculta durante los momentos más crudos de la crisis.

## 2. Las transformaciones del modelo de Estado constitucional. La vulneración de la primacía de la Constitución.

El menoscabo de los derechos y el incremento de la vulnerabilidad es un síntoma del deterioro de los sistemas constitucionales y del propio acervo comunitario<sup>4</sup>. Desde instancias políticas se insiste en que si se quiere conservar el modelo de Estado constitucional, hay que hacer sacrificios que incluyen la reforma del sistema del bienestar, seña de identidad del constitucionalismo europeo. En el viejo continente, el discurso jurídico y político sobre los derechos ha caído en una gran contradicción, que algún autor ha calificado de esquizofrénica<sup>5</sup>. Por un lado, se dice que los derechos son la fuente de legitimación y la razón de ser del propio Estado constitucional, cuyo objetivo es, justamente, su protección y realización. Pero al mismo tiempo se pretende convencer a la ciudadanía de que la única forma de proteger esos derechos es restringiéndolos. Ahora bien, las reformas acometidas no son coyunturales ni temporales, sino estructurales, pues persiguen un cambio en el modelo de Estado. Las políticas de austeridad han transformado una crisis que en principio era sólo económica y financiera, en una crisis social, democrática e incluso del propio Estado de Derecho.

A esto hay que añadir que a lo largo de la X Legislatura, se aprobaron, utilizando de forma abusiva la llamada legislación de urgencia, cerca de setenta y cinco decretos-leyes que han afectado a los cuatro pilares sobre los que se levantaba el Estado social: el sistema de educación pública, el sistema de Seguridad Social, el Sistema Nacional de Salud y el Sistema para la autonomía y atención a la dependencia. Estos cuatro pilares han sufrido las embestidas del ejecutivo, que con el apoyo de una mayoría absoluta del parlamento se empeñó en trasformar el Estado del bienestar en un Estado de beneficencia, en sustituir el principio de solidaridad, como médula del Estado social, por el principio de la caridad más propio de un Estado de beneficencia.

Términos como *deconstrucción*, *fraude*, *mutación* o *quebrantamiento* de la Constitución, han proliferado entre la doctrina de un tiempo a esta parte para describir el proceso de vaciamiento del contenido de la norma fundamental. ALVAREZ CONDE denuncia que “[...]la Constitución no puede ser objeto de todo un proceso de expliación conceptual y material, de contenido. Las decisiones políticas fundamentales no pueden ser alteradas como consecuencia de las sucesivas crisis económicas”<sup>6</sup>.

Ante la situación descrita, se reabre el debate sobre cómo defender el orden constitucional. PISARELLO resume las posibles estrategias de defensa de la siguiente manera: “[a]lgunas llaman a resistir las políticas de austeridad en nombre de las Constituciones vulneradas. Otras, enfatizan la necesidad de reformar los marcos vigentes con el objeto de remover los obstáculos que permitirían una mayor profundización democrática. Y otras, por fin, defienden la necesidad de crear las condiciones para un escenario de ruptura que permita poner en marcha procesos constituyentes populares que contrarresten el embate deconstruyente de las actuales

---

<sup>4</sup> F. BALAGUER CALLEJÓN, “Una interpretación constitucional de la crisis económica”, *Revista de derecho constitucional europeo*, núm.19, 2013, pp. 449-454 y “Crisis económica y crisis constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, 2013, pp. 91-107.

<sup>5</sup> G. PISARELLO, “Los derechos sociales en tiempos de crisis: resistencia y reconstrucción”, en *Observatori Drets Econ.mics Socials i Culturals*, 2011, [http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/gerardo\\_desc\\_y\\_crisis.pdf](http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/gerardo_desc_y_crisis.pdf) [Consulta: 12 de octubre de 2016].

<sup>6</sup> E. ÁLVAREZ CONDE, “El Derecho constitucional y la crisis”, *Revista de Derecho Político*, num. 88, 2013, p. 115.

oligarquías económicas y políticas”<sup>7</sup>. Estas tres estrategias (resistencia, reforma constitucional y procesos constituyentes) pueden combinarse, sobre todo las dos primeras. La resistencia constitucional sería compatible con propuestas parciales de reforma en aspectos básicos, como por ejemplo el refuerzo de los derechos sociales o una regulación más amplia y completa de la intervención del Estado en la economía. Respecto a la posibilidad de iniciar un proceso constituyente, que sería la tercera de las salidas planteadas, no consideramos que sea la más acertada. Y ello porque el problema más acuciante del que adolece nuestra Norma Fundamental no es de contenido, sino de eficacia. Si bien es cierto que “[...]un pueblo tiene siempre derecho a revisar, reformar o cambiar su Constitución y que una generación no puede sujetar a sus leyes a las generaciones futuras” (Constitución francesa de 1791), también lo es que cualquier intento en este sentido está abocado al fracaso si no se acepta como premisa el valor y la fuerza jurídico-vinculante de la Constitución.

El control de constitucionalidad (a) y la reforma constitucional (b) son, precisamente, los instrumentos previstos para garantizar la primacía de la Constitución. Sin embargo, desde que comenzó la crisis hemos asistido, por un lado, a la sobreexposición política del Tribunal Constitucional y, por otro, a una reforma constitucional que no ha respetado los límites establecidos por la propia Constitución. Analicemos, brevemente, estas dos cuestiones.

(b) La jurisdicción constitucional permite enjuiciar la validez, no la oportunidad, de las decisiones de los poderes públicos. El parámetro que se ha de utilizar es, exclusivamente, el normativo-constitucional. Este ha sido el modo de proceder del Tribunal Constitucional portugués en la valoración de varias medidas restrictivas de derechos sociales adoptadas por el parlamento y el ejecutivo. Para ello, este órgano ha aplicado criterios jurídicos como el principio de igualdad proporcionada, el principio de confianza legítima, la exigencia de una justificación racional y suficiente de las medidas restrictivas de los derechos o la defensa de la existencia de un núcleo mínimo intocable de los derechos<sup>8</sup>.

El Tribunal Constitucional español ha seguido una senda diferente a la de su homónimo luso. Por ejemplo, en la STC 119/2014, de 16 de julio, que resuelve el recurso planteado con la reforma laboral, nuestro Tribunal hace un juicio de oportunidad. REQUEJO RODRÍGUEZ critica este modo de proceder, ya que «[l]as circunstancias descritas abandonan el plano meramente contextual y adquieren tal protagonismo en la fundamentación de la sentencia que lo fáctico y coyuntural parece imponerse por sí sólo o cuanto menos condicionar la elección y el alcance del parámetro estrictamente jurídico que el Tribunal Constitucional toma como referencia a la hora de resolver y con ello la misma decisión, hasta el punto de dar la impresión de que en otra situación ésta hubiera podido ser diferente». Cuando se trata de hacer un juicio de constitucionalidad de medidas limitativas de derechos fundamentales, lo correcto no es apoyarse en la ley impugnada o en el contexto económico y social, sino en la Constitución. Las restricciones de derechos sólo resultan admisibles cuando hay que salvaguardar de manera proporcionada otros derechos fundamentales o bienes

---

<sup>7</sup> G. PISARELLO, “El régimen constitucional español, 34 años después: ¿reforma o ruptura democrática?”, 2012, <http://www.sinpermiso.info/sites/default/files/textos//2Cons.pdf> [Consulta: 12 de octubre de 2016].

<sup>8</sup> J. PONCE SOLÉ, “El Estado social y Democrático de Derecho ante la austeridad y los recortes sociales: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional portugués y su interés para el caso español”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, núm. 23, 2015, <http://www.ugr.es/~redce/REDCE23/ReDCEsumario23.htm> [Consulta: 12 de octubre de 2016].

constitucionalmente protegidos, y para ello se deberá acreditar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de las medidas enjuiciadas<sup>9</sup>.

Lo mismo ha ocurrido con la Sentencia 139/2016, de 21 de julio de 2016, en la que se utiliza la coyuntura económica como parámetro para enjuiciar la decisión del Gobierno de desmantelar el Sistema Nacional de Salud. El Pleno del Tribunal Constitucional ha desestimado en su práctica totalidad el recurso formulado por el Parlamento de Navarra contra varios preceptos del *Real Decreto-ley 16/2012*, de 20 de abril, *de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones*. La sentencia considera que la exclusión de los extranjeros sin permiso de residencia en España de la asistencia sanitaria pública gratuita no vulnera el art. 43 CE, ya que el legislador puede modular las condiciones de la prestación de dicha atención médica. El Tribunal Constitucional explica que la Ley General de Sanidad reconoce el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con carácter universal, lo que implica que no puede excluirse a ninguna persona del derecho a ser atendido. Ahora bien, el carácter universal del derecho a ser atendido no significa que las prestaciones del Sistema Nacional de Salud hayan de ser necesariamente gratuitas para todos sus potenciales destinatarios. El Tribunal Constitucional señala que este es un derecho de configuración legal, lo que implica que se concreta de acuerdo con lo que disponga la ley, que debe regular las distintas condiciones y términos en los que se accede a las prestaciones y servicios sanitarios. El decreto-ley impugnado supone un giro en la anterior política que, desde la creación del Sistema Nacional de Salud, estaba encaminada hacia una progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita. El principal cambio es la introducción de los conceptos de asegurado o beneficiario, lo que ha supuesto la exclusión de algunos colectivos. En cualquier caso, como ya ha tenido ocasión de señalar el Tribunal, la universalización legislativamente proclamada ha sido más bien un objetivo y su consecución ha dependido de distintas circunstancias, entre las que ocupan un lugar destacado las económicas.

Respecto a la exclusión del Sistema Nacional de Salud de los extranjeros en situación administrativa irregular, el Tribunal Constitucional invoca su propia doctrina al señalar que «[...]el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria será determinado y podrá ser limitado por las normas correspondientes. El legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España y, por ello, exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales». En la anterior regulación, el derecho de acceso a las prestaciones sanitarias con cargo a los fondos públicos estaba vinculado a una determinada situación jurídica, como es el empadronamiento en el municipio de residencia. Dentro del margen del que dispone el legislador, la nueva regulación «[...]no responde a una opción arbitraria, sino a la preservación de bienes o intereses constitucionalmente protegidos, como el mantenimiento del sistema sanitario público». Todo ello, añade, teniendo en cuenta «[...]las posibilidades del sistema en un momento de intensas complicaciones económicas» (STC 139/2016 F.J. 10.).

La decisión del Tribunal Constitucional es discutible y prueba de ello son los votos particulares firmados por los Magistrados Valdés Dal-Ré, Asua Batarrita y Xiol Ríos. La actuación del legislador no puede ser ilimitada bajo la coartada de una apertura constitucional del modelo sanitario y de unas circunstancias económicas adversas. Por

---

<sup>9</sup> P. REQUEJO RODRÍGUEZ, “El papel de la crisis económica en la argumentación del Tribunal Constitucional. Comentario a la STC 119/2014”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, 2015, pp. 417-437.

otro lado, el Decreto-ley 16/2012, no sólo afecta al derecho a la protección de la salud, sino también a derechos como la igualdad de trato, a la protección de datos personales e incluso a la integridad física, todos ellos incluidos en Título I CE y protegidos por el límite material que establece el art. 86 CE para la utilización del decreto-ley. Además, como señalan los Magistrados discrepantes, no se tiene en cuenta que el colectivo más afectado, los extranjeros en situación administrativa irregular, está en riesgo de exclusión social y que no podrá acceder a ningún tipo de asistencia sanitaria por su falta de recursos económicos.

(b) La rigidez constitucional es otra de las garantías que permite asegurar la supremacía de la Constitución. La reforma constitucional facilita adaptar la realidad jurídica a la realidad política sin romper la continuidad formal del ordenamiento. Al exigirse la observancia de procedimientos complejos, no sólo se garantiza su primacía respecto al resto de normas, sino que también se protege el texto constitucional de una ruptura violenta, lo que supondría su propia destrucción. Señala PÉREZ ROYO que la importancia de la reforma constitucional reside en su existencia más que en su uso concreto. Por eso se ha convertido en una institución poco utilizada, ya que siempre es preferible la adaptación progresiva de la norma constitucional a los cambios sociales y políticos por la vía de la interpretación realizada por la jurisdicción constitucional, sin necesidad de modificar el texto<sup>10</sup>.

Desde que se aprobó la Constitución, sólo se ha reformado en dos ocasiones. La primera en 1992 para adaptar el art. 13 CE al Tratado de la Unión europea. Este Tratado reconoce el derecho a todo ciudadano de la Unión que resida en un Estado miembro del que no sea nacional a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en que resida. La segunda reforma se llevó a cabo en el año 2011, con el propósito de incorporar al art. 135 CE el principio de estabilidad presupuestaria y garantizar el pago de la deuda soberana. Esta reforma, que marca el inicio del proceso de *desconstitucionalización*, no ha respetado ni los requisitos procedimentales ni materiales previstos en la propia Constitución. Desde el punto de vista formal, su tramitación se hizo en tan sólo doce días, siguiendo los procedimientos de urgencia y de lectura única que permiten acortar los plazos. Estos procedimientos están previstos en los Reglamentos de las Cámaras para casos en los que haya que legislar sobre materias poco complejas o de escasa entidad política. Desde el punto de vista material, la reforma significó la claudicación del Estado constitucional en favor de la economía. Las consecuencias materiales de la reforma van más allá del art. 135, pues también se ha modificado en su esencia el art. 1.1 CE, que contiene una de las normas troncales y constitutivas del Estado. La nueva redacción del art. 135 CE es lo que la doctrina francesa denomina un “fraude constitucional”, que consiste en crear un nuevo régimen político y un modelo constitucional diferente, sin romper, en apariencia, con el orden jurídico establecido<sup>11</sup>. Esta reforma ha trastocado el sistema de principios y valores que hasta ahora habían supuesto una garantía para el libre ejercicio de los derechos prestacionales. El cambio en el modelo de Estado constitucional se perpetra sin contar con el titular de la soberanía, sin respetar los límites que impone el Estado de Derecho e ignorando el principio democrático, que no se puede identificar única y exclusivamente con el gobierno de la mayoría. Por este motivo ALVAREZ CONDE reivindica la necesidad de que el poder constituyente intervenga siempre que se intenten modificar las grandes decisiones políticas fundamentales, como fue el caso de la reforma del art.

---

<sup>10</sup> J. PÉREZ ROYO, “*La reforma de la Constitución*”, 1987, *Revista de Derecho Político*, núm. 92, 1986, pp.7-60.

<sup>11</sup> P. DE VEGA GARCÍA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.

135 CE. El poder constituyente, «[...]no puede permitir verse sustituido por otros poderes, públicos y/o privados, que siempre tienen un carácter derivado y limitado. [...] Pero éste carácter del poder constituyente no puede limitarse al momento fundacional de un orden nuevo, sino que ha de tener un carácter permanente, evitando que los poderes constituidos [...] ejerzan las competencias de aquel. Es decir, el poder constituyente no puede desaparecer una vez establecido el nuevo orden constitucional, dejando toda la labor a los poderes constituidos, incluido el poder de reforma. El poder constituyente puede y debe continuar actuando a lo largo de la vida y existencia del Estado constitucional, pues es el único que puede modificar las decisiones políticas fundamentales, el contenido de la Constitución».<sup>12</sup>

### **3. Rígidez, resistencia y resiliencia constitucional frente a la vulnerabilidad.**

Llegados a este punto, cabe preguntarse si la Constitución será capaz de recuperar su forma y contenido inicial cuando cese la perturbación generada por esta crisis poliédrica<sup>13</sup>. O formulada la cuestión de otra manera, ¿se podría hablar de una “resiliencia constitucional”?

El uso del sustantivo resiliencia y del adjetivo resiliente se está extendiendo poco a poco en el ámbito de las ciencias jurídicas. En Brasil se habla de *resiliência* para describir la calidad de la Constitución de 1988 y su capacidad de adaptación a las nuevas necesidades políticas y económicas, sin dejar de potenciar su carácter normativo<sup>14</sup>. En Suecia se analiza la *résilience* del modelo sueco del *Welfare* en la economía globalizada<sup>15</sup>. En Italia la doctrina se pregunta si «[...]lo Stato sociale, resiste per sua *resilienza* alla crisi o resiste per *rigidità* costituzionale intrínseca (e política)?»<sup>16</sup>. Entre nosotros, PONCE SOLÉ acude al concepto de resiliencia para ofrecer un blindaje a ciertos aspectos de los derechos sociales constitucionales y garantizar su irreversibilidad frente a las políticas reduccionistas del legislador<sup>17</sup>.

El término resiliencia es muy atractivo por su fuerza metafórica. En las ciencias naturales sirve para identificar a aquellos cuerpos capaces de absorber la energía de los golpes sin quebrarse y recobrar su estado original. Si un sistema es resiliente a las perturbaciones, será potencialmente capaz de generar desarrollo e innovación. La resiliencia no es sinónimo de resistencia. Los cuerpos resilientes no oponen resistencia, sino que amortiguan el golpe gracias a la elasticidad de sus estructuras. Esta elasticidad, ¿se puede predicar de la Constitución y de los derechos que en ella se reconocen?

<sup>12</sup> E. ÁLVAREZ CONDE, “El Derecho constitucional y la crisis”, cit., p. 113.

<sup>13</sup> R. TUR AUSINA hace una amplia reflexión sobre esta cuestión en “El ordenamiento jurídico ante la emergencia económica. Un proceso ¿reversible? de desconstitucionalización del sistema político español”, *Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato ed Europeo. Federalismi.it.*, núm. 6, 2016.

<sup>14</sup> O. VILHENA VIEIRA et alt., *Resiliência constitucional. Compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*, Direito GV, São Paulo, 2013. <http://s.conjur.com.br/dl/estudo-resiliencia-constitucional-fgv.pdf> [Consulta: 12 de octubre de 2016].

<sup>15</sup> A. LINDBOM, B. ROTHSTEIN, “La résilience du modèle suédois de Welfare dans l’économie mondialisée », *Revue internationale de politique comparée*, núm. 3, 2006, pp. 429-445 <http://www.cairn.info/revue-internationale-de-politique-comparee-2006-3-page-429.htm>. [Consulta: 12 de octubre de 2016].

<sup>16</sup> S. GAMBINO et alt., “Diritti sociali e crisi economico-finanziaria. Problemi e prospettive”, 2015, [http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/01/gambino\\_pappano\\_caruso\\_nocito\\_loprieno\\_gerbasi\\_dalessandro.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/01/gambino_pappano_caruso_nocito_loprieno_gerbasi_dalessandro.pdf) [Consulta: 12 de octubre de 2016].

<sup>17</sup> J. PONCE SOLÉ, *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, INAP, Madrid, 2014, p. 53 y sigs.

Walter NOCITO responde afirmativamente y considera que a la noción clásica de rigidez constitucional se podrían añadir otras categorías analíticas como la de resistencia o la de resiliencia constitucional<sup>18</sup>.

TOMÁS Y VALIENTE ya trató en su día de distinguir la rigidez y la resistencia constitucional. La rigidez persigue la máxima conservación a lo largo del tiempo de las decisiones políticas fundamentales tomadas por el constituyente. La resistencia puede ser entendida como «[...]adaptabilidad a la dinámica política, permitiendo y encauzando que las diversas opciones políticas puedan alcanzar el poder o los poderes del Estado y convertir en derecho del Estado las distintas expectativas pragmáticas por ellas ofrecidas a los ciudadanos». Otra posible definición de resistencia constitucional se refiere a «[...]su capacidad para ser interpretada de forma flexible y hasta cierto punto cambiante en función de nuevos problemas y nuevas sensibilidades o exigencias a propósito de los derechos fundamentales en ella positivizados pero no definidos». También puede darse una resistencia a la reforma, haciéndola innecesaria. «[...]Si la rigidez implica prohibición o dificultad de reforma del texto de la Constitución, resistencia significa adaptabilidad al cambio». Explica TOMÁS Y VALIENTE que «[r]esistir es oponerse un cuerpo a la fuerza de otro, tolerando o aguantando su empuje sin romperse. La resistencia constitucional ha de ser elástica, consiste en asimilar, sin dejarlas fuera, las distintas expectativas políticas no frontalmente opuestas a su texto y a su sentido sistemático, es decir, a la Constitución como un todo. [...] El resultado será la duración prolongada y sin reformas, o al menos sin necesidad de llevar a cabo reformas por el procedimiento agravado. Dado que las reformas o son imposibles o son más o menos traumáticas, la resistencia como capacidad para asumir mutaciones sin desvirtuarse, parece una cualidad, [...] digna de ser favorecida por determinadas medidas incluidas en el texto constitucional, que [...] pueden servir para lograr una eficacia duradera y flexible de la Constitución. [U]na Constitución dotada de mecanismos acertados para hacerla resistente en el sentido expuesto, protege su supremacía y alcanza una vigencia efectiva y una duración prolongada, sin tener que pagar el precio de las reformas agravadas».<sup>19</sup>

Si admitimos la posibilidad de que de la Constitución se prediquen estas tres cualidades (rigidez, resistencia y resiliencia), habría que plantearse junto a NOCITO las siguientes cuestiones: «[...] a) fin quanto la rigidità costituzionale può essere attenuata e resa “duttile” senza cessare di essere rigida?; b) fin quanto la rigidità può essere resa duttile e attenuata nel senso di cui sopra senza diventare mera resistenza nel contenuto minimo/essenziale nel ‘nucleo duro’?; c) fin quanto la rigidità può essere resa duttile e attenuata, senza diventare, in toto, resilienza costituzionale? d) fin quanto la resilienza costituzionale nella garanzia dei diritti sociali può reggere alle crisi (ordinamentali e finanziarie) senza diventare “depauperamento” della dote protettiva dei diritti sociali individuali e collettivi?»<sup>20</sup>. Al igual que existen límites a la reforma Constitucional para garantizar su rigidez, también ha de fijarse un umbral a la capacidad de resiliencia, más allá del cual la Norma Fundamental sería incapaz de absorber las perturbaciones y de mantener su identidad primigenia. Sobrepasado ese punto de inflexión, la Constitución perdería su esencia y dejaría de cumplir sus dos funciones basilares: garantizar los derechos y dividir y controlar el poder.

<sup>18</sup> W. NOCITO , “Diritti costituzionali e crisi finanziaria: la rigidità costituzionale alla prova”, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 15, 2015. <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/index> [Consulta: 12 de octubre de 2016].

<sup>19</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, “La resistencia constitucional y los valores” *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 15-16, 2, 1994, p. 639.

<sup>20</sup> W. NOCITO, “Diritti costituzionali e crisi finanziaria: la rigidità costituzionale alla prova”, cit., p.33.

Por otro lado, admitir la resiliencia de la Constitución puede tener un efecto perverso. La resiliencia describe la capacidad de adaptación del sistema constitucional frente a la adversidad, pero obvia el análisis de las causas de la crisis, lo que incluso podría generar la exención de responsabilidades políticas y jurídicas de quienes la provocaron o no supieron darle una respuesta adecuada para preservar los principios y valores constitucionales. Así mismo, asumir esta cualidad de forma acrítica puede conducirnos a aceptar las crisis como algo “normal”. Esta posibilidad sería incluso contraria a la esencia del denominado Derecho de excepción, que se refiere al conjunto de normas previstas por el propio orden constitucional para regular el funcionamiento de las instituciones y la garantía de los derechos en situaciones de crisis o de anormalidad<sup>21</sup>. El Derecho de excepción se articula como una defensa extraordinaria de la Constitución que permite, bajo estrictos controles jurídicos y políticos, la adopción de medidas excepcionales y temporales cuyo objetivo es la vuelta a la normalidad. De manera que la restricción de derechos y la concentración de poder en manos del ejecutivo tienen una vigencia limitada. Se trata, en definitiva, de evitar que lo excepcional se convierta en lo normal.

## Bibliografía

ÁLVAREZ CONDE, E.: “El Derecho constitucional y la crisis”, *Revista de Derecho Político*, núm. 88, 2013, pp. 83-122.

BALAGUER CALLEJÓN, F.: “Una interpretación constitucional de la crisis económica”, *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 19, 2013, pp. 449-454.

BALAGUER CALLEJÓN, F.: “Crisis económica y crisis constitucional en Europa”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, 2013, pp. 91-107.

CRUZ VILLALÓN, P.: *Estados excepcionales y suspension de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984.

DE VEGA GARCÍA, P.: *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, Madrid, 1985.

FERNÁNDEZ SEGADO, F.: “Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales”, *Revista de derecho político*, ISSN núm. 18-19, 1983, pp. 31-58.

GAMBINO, S. et alt.: “Diritti sociali e crisi economico-finanziaria. Problemi e prospettive”, 2015, [http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/01/gambino\\_pappano\\_caruso\\_nocito\\_loprieno\\_gerbasi\\_dalessandro.pdf](http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2016/01/gambino_pappano_caruso_nocito_loprieno_gerbasi_dalessandro.pdf) [Consulta: 12 de octubre de 2016].

LINDBOM, A; ROTHSTEIN, B.: “La résilience du modèle suédois de Welfare dans l'économie mondialisée », *Revue internationale de politique comparée*, núm. 3, 2006, pp. 429-445 <http://www.cairn.info/revue-internationale-de-politique-comparee-2006-3-page-429.htm>. [Consulta: 12 de octubre de 2016].

LOMBARDO, E.; LEÓN, M.: “Políticas de género y sociales en España: origen, desarrollo y desmantelamiento en un contexto de crisis económica”, *Investigaciones Feministas*, núm. 5, 2014, pp. 13-56.

<sup>21</sup> Para una aproximación al tema, vid. P. CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspension de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984 y F. FERNÁNDEZ SEGADO, “Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales”, *Revista de derecho político*, ISSN núm. 18-19, 1983, pp. 31-58

NOCITO, W.: “Diritti costituzionali e crisi finanziaria: la rigidità costituzionale alla prova”, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 15, 2015. <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/index> [Consulta: 12 de octubre de 2016].

PARRILLA FERNÁNDEZ, J. M.: “La construcción social de la vulnerabilidad en la crisis actual”, en *La protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*. M. A. PRESNO LINERA (Coord.), 2013, p. 96 y sigs. <https://presnolinera.files.wordpress.com/2013/09/proteccic3b3n-jurc3addica-de-las-personas-y-grupos-vulnerables.pdf> [Consulta: 12 de octubre de 2016].

PÉREZ ROYO, J.: “La reforma de la Constitución”, 1987, *Revista de Derecho Político*, núm. 92, 1986, pp.7-60.

PISARELLO, G.: "Los derechos sociales en tiempos de crisis: resistencia y reconstrucción", en *Observatori Drets Econ.mics Socials i Culturals*, 2011, [http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/gerardo\\_desc\\_y\\_crisis.pdf](http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/gerardo_desc_y_crisis.pdf) [Consulta: 12 de octubre de 2016].

G. PISARELLO, “El régimen constitucional español, 34 años después: ¿reforma o ruptura democrática?”, 2012, <http://www.sinpermiso.info/sites/default/files/textos//2Cons.pdf> [Consulta: 12 de octubre de 2016].

PONCE SOLÉ, J.: *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, INAP, Madrid, 2014.

PONCE SOLÉ, J.: “El Estado social y Democrático de Derecho ante la austeridad y los recortes sociales: la jurisprudencia del Tribunal Constitucional portugués y su interés para el caso español”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, núm. 23, 2015, <http://www.ugr.es/~redce/REDCE23/ReDCEsumario23.htm> [Consulta: 12 de octubre de 2016].

REQUEJO RODRÍGUEZ, P.: “El papel de la crisis económica en la argumentación del Tribunal Constitucional. Comentario a la STC 119/2014”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 36, 2015, pp. 417-437.

TOMÁS Y VALIENTE, F.: “La resistencia constitucional y los valores” *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 15-16, 2, 1994, pp.635-650.

TUR AUSINA, R.: “El ordenamiento jurídico ante la emergencia económica. Un proceso ¿reversible? de desconstitucionalización del sistema político español”, *Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato ed Europeo. Federalismi.it.*, núm. 6, 2016.

VILHENA VIEIRA, O. et alt.: *Resiliência constitucional. Compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*, Direito GV, São Paulo, 2013. <http://s.conjur.com.br/dl/estudo-resiliencia-constitucional-fgv.pdf> [Consulta: 12 de octubre de 2016].