

El derecho a la Asistencia Sanitaria de los extranjeros en situación irregular

The right to health care of migrants in an irregular situation

VICTORIA RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN

BECARIA DE INVESTIGACIÓN FPU. DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

UNIVERSIDAD DE GRANADA

Resumen

Son muchos los elementos definidores del sistema sanitario que han quedado afectados por la última reforma sanitaria. En efecto, la lucha por la contención del gasto sanitario público ha implicado la reformulación de buena parte del catálogo de prestaciones sanitarias, de su financiación –copago– y del ámbito subjetivo de cobertura. Este artículo está dedicado precisamente a esta última cuestión. En concreto, en las líneas que siguen se aborda la controvertida restricción operada en el acceso a los servicios sanitarios de los inmigrantes en situación irregular. Dicha restricción amenaza con destruir uno de los principios fundamentales de nuestro Sistema Nacional de Salud como es la universalidad de las prestaciones. Se propone, así, una reflexión jurídico-crítica sobre las consecuencias de esta polémica medida y su cuestionamiento a la luz del derecho social fundamental a la protección de la salud y de los valores característicos del Estado social de Derecho.

Abstract

Last reforms in Spain have affected a lot of aspects of the Spanish Healthcare system. The fight against public debt has involved the reformulation of great part of the catalogue of health services, the financing system and the health care coverage. This latter issue will be precisely the object of this article. In particular, we will focus on the controversial restrictions on irregular immigrants' free access to the Health care system. These restrictions threaten the universality as one of the cardinal principles of the system. We will also assess the effects of this measure and question it in the light of the social fundamental right to health protection and the characteristic social values of the Welfare State.

Palabras clave

Inmigración irregular, salud, universalidad, justicia social, tarjeta sanitaria.

Keywords

Irregular immigration, health, universality, social justice, health card.

1. LA REFORMA SANITARIA Y SU INCIDENCIA EN EL COLECTIVO DE LOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR

Uno de los elementos más característicamente ensalzados en la evolución del sistema sanitario en España había estado referido a la ampliación del ámbito subjetivo de cobertura, desde la ruptura con el principio contributivo clásico. Una ampliación que había permitido consolidar un sistema prácticamente universal, a falta de reducidos colectivos de población. La reforma sanitaria de 2012 supuso mucho más que un alto en el camino hacia la consecución de la plena universalización del modelo. Supuso un paso atrás en esos avances históricos, alejando al sistema de la meta a la que la asistencia sanitaria está llamada desde el plano constitucional (art. 43) y legal (art. 3.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad –en adelante, LGS–, art. 2.b. de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud –en adelante, LCC– y Disposición adicional sexta de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública). Y lo hizo a partir de lo que

puede estimarse una evidente declaración de intenciones, al reemplazar la noción de *titularidad del derecho a la protección de la salud* por la de *aseguramiento*.

A consecuencia de la reforma operada, el abanico de individuos con acceso gratuito a las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social se ha visto reducido en gran medida, fundamentalmente mediante la introducción de un límite de edad (veintiséis años) para que los descendientes puedan ostentar la condición de beneficiarios de la asistencia sanitaria, la exclusión de los parados que se desplazan al extranjero por un periodo superior a noventa días y, muy significativamente, la de los extranjeros en situación administrativa irregular. La exclusión de este último colectivo merece, por su significación, entidad e implicaciones, particular atención.

El tercer apartado del art. 1 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 (en adelante, RD-ley 2012) introdujo un art. 3 ter en la LCC, que regula el acceso a las prestaciones sanitarias en lo que denomina “situaciones especiales”. En concreto, el precepto establece que los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España puede recibir asistencia sanitaria en las siguientes modalidades: “a) De urgencia por enfermedad grave (referencia imprecisa donde las haya, sin que el texto legal entre a delimitar los supuestos en ella encuadrables) o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica¹; b) de asistencia al embarazo, parto y postparto. En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles”. A sensu contrario, los extranjeros en situación irregular, mayores de edad, quedan compelidos al pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial para acceder a los servicios sanitarios². Convenio por el que a cambio de la correspondiente cuota (cuota mensual de 60 euros, si el suscriptor tiene menos de sesenta y cinco años, y de 157 euros, si tiene sesenta y cinco o más años), se accede a las prestaciones exclusivamente de la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud, quedando fuera las propias de la cartera común suplementaria y la de servicios accesorios, lo que no parece ajustado al mandato contenido en el art. 3.5 LCC (“aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo podrán obtener la *prestación de asistencia sanitaria* mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota

¹ A falta de mayor precisión normativa, es difícil interpretar la referencia al “alta médica”, esto es, si ha de entenderse en el sentido de que se alcance la finalización del tratamiento y total recuperación, lo que puede requerir prestaciones de las incluidas en la Cartera común suplementaria o la Cartera común de servicios accesorios, que no necesariamente han de ser prestadas por los servicios de urgencias; o bien ha de entenderse que el precepto incluye exclusivamente las prestaciones médicas hasta la salida de los medios hospitalarios, considerándose el “alta médica” como sinónimo de “alta hospitalaria”. Véase LOMAS HERNÁNDEZ, V.: “De ciudadano a asegurado o el tránsito inacabado hacia la universalización de la asistencia sanitaria”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 8, 2013, pág. 51.

² Son requisitos para la suscripción del Convenio especial los establecidos en el art. 3 del Real Decreto 576/2013, de 26 de julio: a) acreditar la residencia efectiva en España durante un período continuado mínimo de un año inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud del convenio especial; b) estar empadronado, en el momento de presentar la solicitud de suscripción del convenio especial, en algún municipio perteneciente al ámbito territorial al que extienda sus competencias la administración pública competente para su suscripción; c) no tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título, ya sea por aplicación de la normativa nacional, de los reglamentos comunitarios en materia de Seguridad Social o de los convenios bilaterales que en dicha materia hayan sido suscritos por España con otros países.

derivada de la suscripción de un convenio especial”). Las Comunidades Autónomas pueden, en todo caso, suplir esta deficiencia de contenido, incorporando en el convenio especial otras prestaciones asistenciales propias de sus carteras de servicios complementarias.

Tal y como se desprende de lo anterior, el reconocimiento del derecho a la cobertura sanitaria exige que los extranjeros sean titulares de una autorización para residir en territorio español (art. 3.3 LCC), no siendo suficiente el empadronamiento, único requisito formal que se había venido exigiendo desde la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, LOEx). Asistimos, por tanto, a un notorio retroceso, en este caso, al régimen precedente a dicho texto legal, quedando redactado su art. 12 del modo que sigue: “los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria”.

El panorama jurídico existente con carácter previo al RD-ley 2012 había alcanzado una *cuasi universalización*, pues, en ausencia de requisitos de residencia legal, se consideraba suficiente el empadronamiento en algún municipio español. Criterio que se flexibilizaba aún más en los supuestos de menores, mujeres embarazadas y asistencia sanitaria de urgencia, donde la exigencia del requisito formal de la inscripción en el padrón desaparecía. En particular, se reconocía el derecho de los extranjeros que se encontrasen en España, inscritos en el padrón del municipio en el que tuviesen su domicilio habitual, a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles³. Por tanto, desde el año 2000, los extranjeros empadronados, “legales” o “ilegales”, accedían a los servicios sanitarios y, al hacerlo en igualdad de condiciones que los nacionales, habían de ostentar un título que les habilitase para ello: bien por afiliación al sistema de la Seguridad Social, bien mediante debida acreditación de insuficiencia de recursos económicos. No se tenía en cuenta, pues, criterio alguno atinente a la situación administrativa de residencia. La LOEx supuso, en este sentido, un verdadero hito ya que, por primera vez en nuestra historia, se reconocía el derecho a la asistencia sanitaria del extranjero, en igualdad de condiciones que el nacional. Por ello, la aprobación del RD-ley 2012 y, con él, la exigencia de residencia legal supone un paso atrás que aleja aún más de la plena universalización instada constitucionalmente. Lo cierto es que, hasta entonces, el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros inmigrantes había destacado por ser uno de los que gozaba de mayor estabilidad, en tanto en cuanto no había estado sujeto a los intensos vaivenes de que fueron objeto muchos otros derechos sociales en las diversas reformas de la LOEx⁴.

Ahora bien, cabe precisar que en la actualidad se sigue reconociendo la asistencia sanitaria de urgencia a los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España (art. 3 ter LCC), respetándose fielmente lo que establecía la anterior redacción del art. 12 LOEx. Y ello resulta lógico, asumido que la situación irregular del extranjero en

³ Determinadas normas autonómicas fueron aún más ambiciosas y supusieron un importante impulso en la universalización sanitaria. Señaladamente, la Ley Foral 2/2000, de 25 de mayo, de modificación de la Ley Foral 10/1990, de 23 de Noviembre, de Salud, extendió la cobertura de asistencia sanitaria navarra a todos los ciudadanos residentes en la Comunidad Autónoma con independencia de su situación legal o administrativa. Con anterioridad, el Decreto valenciano 26/2000, de 22 de febrero, había proclamado el derecho a la asistencia sanitaria de los ciudadanos extranjeros en la Comunidad Valenciana y creado la denominada Tarjeta Solidaria.

⁴ Véase TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: *Los derechos sociales fundamentales de los trabajadores inmigrantes*, Comares, Granada, 2012, págs. 313-327.

ningún caso puede suponer un obstáculo en la protección del derecho a la vida de toda persona (art. 15 CE)⁵.

Por su parte, la situación con respecto a los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentran en España (art. 3 ter in fine) también persiste tras la reforma sin modificación alguna, pues se mantiene el reconocimiento de asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles, con independencia de su situación legal o no, tal y como indicaba la anterior redacción del art. 12 LOEx. El fiel respeto de lo previsto entonces se muestra coherente con el art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, cuyo apartado primero dispone que “los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”, estableciendo la letra b) del segundo que “los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños”. En términos constitucionales, el art. 39.4 de la Carta Magna señala que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”, mientras que a nivel legal el art. 10 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero preceptúa que “tienen derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos los menores extranjeros que se hallen en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración pública competente, aun cuando no residieran legalmente en España”.

El RD-ley 2012, con buen criterio, tampoco perturbó la regulación de la asistencia sanitaria de las extranjeras embarazadas, quienes siguen ostentando derecho de acceso gratuito a los servicios sanitarios concretados en el seguimiento del embarazo, parto y postparto, de igual forma que el anterior tenor literal del art. 12 LOEx. Se respeta, así, el art. 24.2.d) de la Convención sobre los Derechos del Niño, según el cual, los Estados Partes “adoptarán las medidas apropiadas para asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres”.

La principal modificación introducida afecta, en definitiva, a los inmigrantes mayores de edad en situación irregular, quienes quedan privados de asistencia sanitaria, excepción hecha de la atención de urgencia y, en el caso de embarazadas, la asistencia durante el embarazo, parto y postparto. Mediante la controvertida reforma introducida por el RD-ley 2012, los extranjeros irregulares fueron formalmente despojados de un derecho que les había sido garantizado y que habían ejercido desde el año 2000. Es, por tanto, notorio que la norma supuso una flagrante ruptura con el panorama político-jurídico previo. Ahora bien, conviene resaltar que lo cuestionable tras esta norma, lejos de radicar en la ausencia de una neta universalización (pues con anterioridad a su entrada en vigor tampoco existía, y mucho menos antes de la LOEx)⁶, viene referido a la restricción de derechos conquistados en el camino a un sistema sanitario de todos y para todos. En este sentido, se ha afirmado que “renunciar a

⁵ Al respecto, KAHALE CARRILLO, D. T.: “Los beneficiarios extracomunitarios de la asistencia sanitaria en la Ley de extranjería”, *Temas Laborales*, núm. 88, 2007, pág. 112.

⁶ Recuérdese que la Ley General de Sanidad, en su Disposición Transitoria quinta, insta al logro de la universalización “de forma progresiva”.

derechos que ya se tienen es mucho más dramático y doloroso que no seguir progresando en algo que todavía no se tiene”⁷. Si el derecho a la asistencia sanitaria no constituye una “opción del legislador sino una exigencia constitucional”⁸, no hay motivos para descartar que el RD-ley 2012, que realiza unas limitaciones subjetivas de las características apuntadas, pueda resultar inconstitucional. El paso atrás operado por dicha norma deviene, pues, en aún más lejana la consecución de una plena universalización que dote de efectividad al derecho a la protección de la salud de “todos” reconocido en el art. 43 CE.

2. CUESTIONAMIENTO DE LA RESTRICCIÓN SUBJETIVA EN CLAVE JURÍDICO-SOCIAL, SANITARIA Y ECONÓMICA

Al inicio del año 2012, las únicas críticas que cabía realizar en el ámbito subjetivo de cobertura de las prestaciones sanitarias residían en diversos elementos que quedaban pendientes en la consecución de un modelo de sistema sanitario netamente universalizado, al persistir colectivos formalmente excluidos del mismo así como sectores con ciertas particularidades en su régimen sanitario. Sin embargo, la aprobación del Real Decreto-ley de 2012 supuso, como se viene sosteniendo, un marcado retroceso en el nivel subjetivo de cobertura sanitaria conseguido hasta la fecha, principalmente (aunque no es el único supuesto controvertido, según se ha advertido) con la exclusión de los inmigrantes en situación irregular. La norma pronto emergió en un nuevo obstáculo a salvar en el camino hacia la consecución de una real universalización del derecho a las prestaciones sanitarias, al tiempo que implícitamente potenciaba los seguros privados de asistencia sanitaria, abriendo la puerta a sistemas de aseguramiento diferenciados según grupos de población y, con ello, a dos sistemas sanitarios distintos según niveles económicos de los ciudadanos⁹. Los cuestionamientos constitucionales de la norma no son pocos si se tiene en cuenta que nuestra Carta Magna se refiere a “todos” y la universalización aparece reiteradamente como objetivo a alcanzar en los textos legales que desarrollan el art. 43 CE.

Asimismo, desde el punto de vista técnico-jurídico, parece cuestionable el uso de un Real Decreto-ley para adoptar las medidas referidas, sin que pueda afirmarse con seguridad que concurre el presupuesto habilitante para el empleo de dicha norma. A este respecto, la reforma del año 2012 se limita a alegar de modo bastante vago e impreciso el impacto de la crisis económica y la consiguiente necesidad de reducir el gasto sanitario, sin llegar a identificar y cuantificar los términos del pretendido ahorro. Siendo ésta la finalidad perseguida, e introduciéndonos en el debate propio de medios y fines, cabe poner en entredicho el propósito de esta restricción subjetiva. En concreto, la finalidad formal de la reforma acometida por el RD-ley 2012 reposa en el sostenimiento y viabilidad financiera del Sistema Nacional de Salud. Y, ciertamente, parece que simples criterios de racionalización y

⁷ CANTERO MARTÍNEZ, J.: “Las políticas sanitarias de carácter regresivo: ¿qué niveles de protección ofrece nuestro ordenamiento jurídico?”, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 23, núm. 2, 2013, pág. 115.

⁸ MENÉNDEZ REXACH, A.: “El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas”, *Revista Derecho y Salud*, Volumen 11, Número Extraordinario, mayo de 2003, pág. 26.

⁹ BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: “Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud. Análisis crítico en relación con los derechos ciudadanos y las competencias autonómicas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2012 (Westlaw BIB 2012\940). En el mismo sentido, SÁNCHEZ BAYLE, M.: “Comienza la contrarreforma sanitaria”, *Lan Harremanak: Revista de relaciones laborales*, núm. 27, 2012, págs. 177-178.

eficiencia en la gestión del gasto sanitario no son suficientes para justificar la exclusión del colectivo inmigrante en situación irregular respecto del ámbito de un derecho social fundamental como la asistencia sanitaria. Dicho de otra forma, la solución a la crisis económica no puede, no debe, venir de la mano de la reducción del alcance de la protección de uno de los derechos humanos más básicos de la persona, consolidando un estatuto jurídico diferenciado y precario para este colectivo, para los *margizens*, en términos de MARTINIELLO¹⁰. En este tratamiento discriminatorio se advierte un claro incumplimiento de la obligación básica que el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales estableció en la Observación General Nº 14 (2000) en la consecución de niveles esenciales de salud, aludiendo en concreto a la garantía del derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud “sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados”.

Asistimos en este ámbito a la reproducción de la tendencia frecuentemente denunciada consistente en habilitar la superposición del plano económico sobre el social, sometién dose la lógica de los derechos sociales a la racionalidad del orden económico¹¹. La estrategia en cuestión resulta más que controvertida, ya que la sostenibilidad del SNS no puede consolidarse a costa del detrimento del ámbito subjetivo de la protección social sanitaria como el que representa la reforma que se analiza. Esto es, cuando del ámbito de un derecho tan básico como la salud se trata, ningún criterio económico puede primar en la definición de sus titulares. Al contrario, se ha de lograr una adecuada sintonía que garantice la viabilidad y sostenibilidad financiera en el marco de una sanidad tendencialmente universal en cuanto es ésta una nota constitucionalmente preservada.

En coherencia con lo anterior, los postulados que emanan de la protección de la salud como un derecho fundamental constitucionalmente reconocido exigen que la solución al problema que pone en jaque financiero a nuestro modelo sanitario se localice en coordenadas diferentes a la reducción de su grupo de destinatarios. A este respecto, cobra todo su sentido el principio de prohibición del retroceso social¹² que, en combinación con el deber de progresividad del Derecho internacional¹³, reconoce y asienta buena parte del constitucionalismo latinoamericano como el principal instituto de garantía de los derechos sociales fundamentales frente a las medidas adoptadas por los poderes públicos, susceptibles de ser particularmente perniciosas en coyunturas de crisis económica como la actual.

¹⁰ MARTINIELLO, M.: *Leadership et pouvoir dans les communautés d'origine immigrée*, L'Harmattan, Paris, 1992, pág. 291. El autor identifica este colectivo con las personas que quedan excluidas de la comunidad política, social y económica.

¹¹ Sobre la subordinación del Derecho social (razón jurídico-social) al Derecho de la economía (razón jurídico-económica), y la instrumentalidad, en fin, de los derechos fundamentales a las exigencias del orden económico, consúltese MONEREO PÉREZ, J. L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2009, págs. 190-213.

¹² Un profundo análisis del concepto y su fundamento jurídico-constitucional en WOLFGANG SARLET, I.: “Posibilidades y desafíos de un derecho constitucional común latinoamericano. Un planteamiento a la luz del ejemplo de la llamada prohibición de retroceso social”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 11, 2009.

¹³ El art. 2.1 PIDESC dispone que “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

Lógicamente, el principio carece, *per se*, de la fuerza necesaria para compeler las maniobras jurídico-políticas al respecto¹⁴, si bien, puede servir para construir una dogmática jurídico-constitucional comprometida con la efectividad de la universalidad que prácticamente se hallaba culminada a comienzos de siglo. Universalidad de la que hace el art. 43 CE una seña de identidad de la vertiente sanitaria de nuestro modelo de protección social y que, como tal, ha de ser preservada desde el mismo cuerpo normativo que desarrolla precisamente el precepto constitucional que la consagra.

Por tanto, la contención del gasto para asegurar la viabilidad del sistema público sanitario bajo la que se ampara la restricción subjetiva efectuada, con ser necesaria, no alcanza a respaldar el marcado retroceso que se advierte en la realización del contenido del derecho social fundamental a la protección de la salud en su vertiente individual. Si bien no se obvia el condicionamiento económico que acompaña ineludiblemente a la realización de todo derecho social, lo cierto es que aquél no puede ser empleado a modo de carta blanca en la definición de la política sanitaria, hasta el punto de justificar un vaciamiento de la misma esencia del derecho a la asistencia sanitaria como el que la exclusión del colectivo extranjero irregular sin duda representa. Ello contradice las mismas orientaciones internacionales al respecto¹⁵. Procede superar, pues, la tendencia actual de relegar los derechos sociales a derechos de mera disponibilidad político-legislativa, y ello se ha de hacer oponiendo el decidido carácter de fuerza normativa vinculante de las previsiones constitucionales al respecto.

Es ésta una espléndida oportunidad para darle toda la virtualidad que merece, y posee de forma directa, el texto constitucional. La cuestión radica en determinar si la asistencia sanitaria constituye un derecho que se predica de la persona y no del ciudadano. Y, en este sentido, parece evidente que la ciudadanía política no opera como criterio en la articulación de la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria. Dicha inoperancia obedece al hecho de que el derecho en concreto representa, como ningún otro, un insigne correlato de la dignidad inherente al ser humano, la cual, a su vez, supone el presupuesto antropológico de la configuración del Estado social y democrático de Derecho. Ya se sabe que los dos principios esenciales que rigen la articulación de la asistencia sanitaria en cuanto canon de cohesión social se concretan tanto en la universalidad como en la igualdad y no discriminación. Si el derecho a la protección de la salud pertenece a la persona, dada la intrínseca relación entre éste y el valor humano de la dignidad, resulta irrefutable que las prestaciones sanitarias han de resultar accesibles a toda la sociedad¹⁶.

¹⁴ A diferencia de otras Cortes constitucionales que, como la colombiana, ha establecido en varias sentencias la prohibición de regresividad de derechos, el Tribunal Constitucional español no ha acogido el criterio de irreversibilidad de los derechos. NOGUERA FERNÁNDEZ, A.: “La reforma constitucional española de 2011: el principio de estabilidad presupuestaria y el fin del Estado social”, en AA. VV.: *Lecciones sobre Estado social y derechos sociales*, NOGUERA FERNÁNDEZ, A. y GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. (Dirs.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 231.

¹⁵ “Todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”. Observación General N° 3 (1990), párrafo noveno, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

¹⁶ Véase INTRAND, C. ET SIMMONOT, N.: “L’Europe et les sans-papiers - Politique de santé ou politique d’immigration?”, *Revue Hommes et Migrations*, num. 1282, novembre-décembre 2009.

Parece oportuno reiterar las palabras del Tribunal Constitucional cuando sostuvo que “la dignidad de la persona, como «fundamento del orden político y la paz social» (art. 10.1 CE), obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes”¹⁷. Lo cierto es que resulta tarea compleja la identificación de un derecho más intrínsecamente enlazado a la dignidad humana que el derecho a la protección de la salud, toda vez que el goce de este bien jurídico representa una dimensión fundamental de todo individuo y de su inclusión social. Con acierto, se ha afirmado que “el derecho a la asistencia sanitaria pública, como un corolario lógico del derecho a la protección de la salud lo ostenta toda persona, por el mero hecho de serlo. Y si esto es así, como lo es, resulta obligada la universalización de la asistencia sanitaria pública”¹⁸.

Asimismo, conviene recurrir a la cláusula del art. 10.2 CE, la cual, a modo de canon interpretativo, remite al fructífero Derecho internacional de Derechos Humanos, tal y como confirma el Tribunal Constitucional¹⁹. Y se le adjetiva como fructífero porque son abundantes los Tratados que inciden en el derecho a la protección de la salud de toda persona, Tratados que incorporan compromisos jurídicos a los que España, desde su ratificación, queda vinculada (ex. art. 96.1 CE)²⁰. Se confirma, pues, que la asistencia sanitaria es concebida en el doble enfoque internacional y regional europeo como un derecho inherente al ser humano, sin restricción alguna derivada de la condición jurídico-política o jurídico-administrativa del mismo. Y si éste es el espíritu que está llamado a inspirar la interpretación de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, cabe concluir que la articulación de la asistencia sanitaria como un derecho de ciudadanía política se evidencia contraria al espíritu constitucional. Es sabido que la Constitución “obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades”²¹. Teniendo en cuenta lo anterior, la interpretación del derecho de acceso al sistema público sanitario conforme a unos instrumentos internacionales que aluden reiteradamente a “toda persona”,

¹⁷ STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3.

¹⁸ BELTRÁN AGUIRRE, J. L.: “La universalización de la asistencia sanitaria en España en el marco de los objetivos de la Unión Europea en materia de salud y del artículo 35 de la Carta de Derechos Fundamentales”, en AA. VV.: *Derecho y salud en la Unión Europea*, PÉREZ GÁLVEZ, J. F. y BARRANCO VELA, R. (Dirs.), Comares, Granada, 2013, pág. 99.

¹⁹ SSTC 61/2013, de 14 de marzo (FJ 5), y 136/2011, de 13 de septiembre (FJ 12): “Tanto los Tratados y acuerdos internacionales, como el Derecho comunitario derivado pueden constituir valiosos criterios hermenéuticos del sentido y alcance de los derechos y libertades que la Constitución reconoce”.

²⁰ Baste destacar al efecto los arts. 25.1 DUDH (“*toda persona* tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”), 12.1 PIDESC (“los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de *toda persona* al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”), 13.1 de la Carta Social Europea (“para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la asistencia social y médica, las Partes Contratantes se comprometen a velar por que *toda persona* que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlo por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de seguridad social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado”) o, en el ámbito de la Unión Europea, el art. 35 CDFUE (“*toda persona* tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria”).

²¹ SSTC 236/2007, de 7 de noviembre (FJ 5) y STC 36/1991, de 14 de febrero (FJ 5).

se opone al condicionamiento adicional que el legislador ha establecido en la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria respecto de los inmigrantes en situación irregular.

Los instrumentos internacionales coadyuvan a la delimitación de un contenido mínimo, irreductible del derecho social fundamental a la salud. Así, en la Observación General N° 3 (1990), se puso de manifiesto que “para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”. En igual sentido, diez años más tarde, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales se reafirmaría en esta idea, al establecer en la Observación General N° 14 (2000) que “al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte”. En la regulación española que se analiza en este artículo, bien puede afirmarse que se han introducido reformas del todo restrictivas sin emplear justificaciones suficientes ni convincentes, desatendiendo lo instado desde el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Concluido, como se acaba de hacer, que la reforma operada en la normativa española resulta manifiestamente contraria a la concepción internacional de este derecho y, en consecuencia, a la interpretación constitucional que se ha de acometer en virtud del art. 10.2 CE, procede advertir que aquella constituye, a su vez, un marcado distanciamiento de la senda promovida a nivel supranacional. En efecto, la segregación del colectivo inmigrante respecto del ámbito subjetivo de cobertura de la asistencia sanitaria se desvía, y mucho, de lo instado desde la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 67/81, de 12 de diciembre de 2012, la cual encomienda a los países avanzar hacia una cobertura sanitaria universal. La Resolución reconoce “la importancia de que los sistemas nacionales de salud tengan una cobertura universal, especialmente por medio de mecanismos de atención primaria de la salud y protección social, a fin de proporcionar acceso a los servicios de salud a todos, en particular a los sectores más pobres de la población”, señalando expresamente que “la cobertura universal de salud implica que toda persona tiene acceso sin discriminación a un conjunto de servicios médicos básicos de promoción, prevención, cura y rehabilitación así como a medicamentos esenciales, seguros, asequibles, efectivos y de calidad, velando por que la utilización de esos servicios no exponga a los usuarios a graves dificultades económicas, con especial hincapié en los segmentos pobres, vulnerables y marginados de la población”.

Resulta cuando menos paradójico que, mientras desde el plano internacional se impulsa la consolidación de la universalización sanitaria, determinadas normativas internas como la española asumen la dirección contraria restringiendo el derecho de acceso a un considerable sector de la población, precisamente uno de los más vulnerables y desprotegidos.

En este sentido, desde diversas instancias internacionales se ha puesto de manifiesto la contradicción entre la proyección universalista de los compromisos internacionales

asumidos por España y las más recientes reformas restrictivas en materia sanitaria²². Significativamente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus Observaciones finales de 6 de junio de 2012²³, recomienda al Estado español asegurar que, de conformidad con la Observación General Nº 14 (2000) del Comité sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 PDESC) y con el principio de universalidad de las prestaciones sanitarias, las reformas adoptadas no limiten el acceso de las personas que residen en el Estado parte a los servicios de salud, “cualquiera sea su situación legal”. En la misma línea, también el Comité Europeo de Derechos Sociales, en las Conclusiones XX-2 relativas a la observancia por parte de España de lo establecido en los arts. 3, 11, 12, 13 y 14 de la Carta Social Europea, publicadas en enero de 2014, afirma que la exclusión de los extranjeros mayores de dieciocho años del acceso a los servicios sanitarios resulta contraria al art. 11 de la Carta Social Europea²⁴. A este respecto, recuerda que, al suscribir la Carta de 1961, las Partes “han aceptado perseguir por todos los medios útiles la realización de condiciones aptas para asegurar el ejercicio efectivo de un cierto número de derechos, especialmente el derecho a la salud, el derecho a la Seguridad Social, el derecho a la asistencia social y médica, y el derecho a los servicios sociales”, concluyendo sobre esta base que “la crisis económica no debe traducirse en una reducción de la protección de los derechos reconocidos por la Carta. Los Gobiernos deben por tanto adoptar todas las medidas necesarias para conseguir que esos derechos sean efectivamente garantizados en el momento en el que la necesidad de protección se hace sentir más”²⁵. El Comité Europeo de Derechos Sociales sostiene, en definitiva, que la crisis económica no puede servir como pretexto para la restricción o denegación del acceso a los servicios sanitarios, afectando a la esencia misma del derecho a la protección de la salud.

En todo caso, si el telón de fondo de la restrictiva reforma objeto de análisis reside en una ambiciosa estrategia de contención del gasto sanitario, la opción político-jurídica finalmente acogida dista mucho de revelarse como la más efectiva. Antes al contrario, han sido abundantes los estudios que han demostrado que el inmigrante no es el colectivo que registra una mayor frecuentación de los servicios públicos sanitarios²⁶. A su vez, emergiendo

²² Con carácter sectorial, el Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia de 6 de junio de 2013, A/HRC/23/56/Add.2, tras poner de relieve que los inmigrantes, especialmente los indocumentados, siguen siendo objeto de discriminación en ámbitos como el acceso a la salud, recomienda que “se revisen las reformas sanitarias adoptadas en el marco de la crisis económica actual para garantizar que los inmigrantes tengan acceso a los servicios de atención médica sea cual sea su situación migratoria”. Apartados 34 y 72. También el Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal al que se sometió España a inicios de 2015 ha mostrado su preocupación por las reformas restrictivas acometidas por nuestro país en materia sanitaria. A/HRC/WG.6/21/L.5, vigésimo primera sesión, 19-30 de enero de 2015.

²³ E/C.12/ESP/CO/5. 48º período de sesiones. Apartado 19.

²⁴ En todo caso, el CEDS admite que, dado que estas reformas tienen lugar después del periodo de referencia de tales conclusiones (2008-2011), no puede tenerlas en cuenta en las mismas. Si bien advierte que de mantenerse esta legislación restrictiva, se concluirá en el próximo periodo de control su incompatibilidad con el texto de la CSE.

²⁵ GENOP-DEI y ADEDY c. Grecia, Reclamaciones nº 65/2011 y nº 66/2011, decisiones de fondo de 23 de mayo de 2012, § 12 y § 16.

²⁶ Véase GIMENO-FELIU, L. A; MACIPE-COSTA, R. M; DOLSAC, I; MAGALLÓN-BOTAYA, R.; LUZÓN, L.; PRADOS-TORRES, A. y GARCÍA-CAMPAYO, J.: “Frecuentación de la población inmigrante versus autóctona en atención primaria: ¿quién consume más servicios?”, *Revista Atención Primaria*, Vol. 43, núm. 10, 2011, págs. 544-550. Se concluye que la población inmigrante tanto pediátrica como adulta tuvo una menor frecuentación que la autóctona en cualquier tramo etario. En el mismo sentido, consúltese VALL-LLOSERA CASANOVAS, L.; SAURINA CANALS, C. y SAEZ ZAFRA, M.: “Inmigración y salud: necesidades y utilización de los servicios de atención primaria por parte de (...)”

la vía de urgencias en el único resquicio a su disposición para acceder al sistema público de salud, resulta evidente que se producirán situaciones de colapso que no harán sino acarrear mayor número de indeseables dificultades de tipo organizativo y económico, asumido el mayor coste aparejado a los servicios de urgencias.

Conviene señalar, por otra parte, que la privación de atención sanitaria a los inmigrantes irregulares puede implicar una puesta en peligro de la salud de toda la población, ya que gran proporción de los mismos son potenciales portadores de enfermedades infectocontagiosas que quedan al margen de toda prevención y detección temprana²⁷. Se constata, así, que la incidencia en una cuestión de salud individual, puede devenir en un problema de salud pública, asumida la unidad completa que conforma la protección de la salud como un bien jurídico integrador, conformado por dos entrelazadas vertientes: una individual y otra colectiva.

Asistimos, por las razones apuntadas, a un palpitante desafío jurídico-social, pues, si la protección de la salud, en cuanto derecho social y, con él, elemento de la ciudadanía, supone una premisa esencial para la integración y participación en el Estado democrático, resulta notorio que la restricción subjetiva operada se aproxima arriesgadamente a los contornos de la exclusión social. Pero también se trata de una contienda de tipo ético, toda vez que la regulación vigente coloca al personal sanitario en una problemática situación, y es que la inatención a los integrantes del colectivo inmigrante irregular contradice los postulados de su código deontológico.

3. DESAFÍOS DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL REPARTO COMPETENCIAL EN LA DEFINICIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE COBERTURA DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS

El reto que plantea la restrictiva reforma que se viene analizando resulta, asimismo, de índole competencial²⁸, en tanto en cuanto son abundantes los Estatutos autonómicos que, contrariamente a lo establecido en ella, aluden a una protección de la salud “universal” o “para todas las personas”²⁹, extendiendo a partir de tales proclamaciones estatutarias el

la población inmigrante en la región sanitaria girona”, *Revista Española de Salud Pública*, Vol. 83, núm. 2, 2009, págs. 291-307.

²⁷ Es por ello que el CISNS aprobó el 18 de diciembre de 2013 un documento relativo a la intervención sanitaria en situaciones de riesgo para la salud pública, con el fin de paliar los problemas de salud pública derivados de estas medidas de exclusión cuando se constate que hay personas con enfermedades que pueden poner en riesgo la salud del resto de la población y que no tienen reconocido el derecho a la asistencia sanitaria. Al respecto, consúltese CANTERO MARTÍNEZ, J.: “Universalidad y gratuidad de las prestaciones sanitarias públicas”, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 24, núm. extraordinario XXIII Congreso, 2014, pág. 125.

²⁸ TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “Sanidad reformada y movilidad de personas: el acceso a la protección de la salud de comunitarios y extracomunitarios en cuestión”, *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 376, 2014, págs. 41 y 42.

²⁹ Señaladamente, el art. 23 del Estatuto de Autonomía de Cataluña enuncia que “todas las personas tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad y gratuidad a los servicios sanitarios de responsabilidad pública”; el Estatuto de Autonomía de Andalucía, en su art. 22, proclama que “se garantiza el derecho constitucional previsto en el art. 43 de la Constitución Española a la protección de la salud mediante un sistema sanitario público de carácter universal”; el art. 14 del Estatuto de Autonomía de Aragón establece que “todas las personas tienen derecho a acceder a los servicios públicos de salud, en condiciones de igualdad, universalidad y calidad”.

ámbito subjetivo de las prestaciones sanitarias en sus respectivos territorios³⁰. Es ésta una de las razones por las que varias Comunidades Autónomas han promovido conflictos de competencia e interpuesto recursos de inconstitucionalidad contra la controvertida medida estatal ante el Tribunal Constitucional³¹.

En efecto, descendiendo al terreno propio de las reacciones, lo cierto es que la reforma ha provocado el rechazo de un considerable porcentaje de la sociedad española, así como, a nivel institucional, de no pocas Comunidades Autónomas. Ello arroja un panorama ciertamente fragmentado y diverso, con diferencias sustanciales, pues concurren administraciones sanitarias que han optado por una respuesta de insumisión a la norma estatal, mientras que otras la han acatado introduciendo ciertas modulaciones, todo ello en base a muy distintos instrumentos jurídicos que varían desde las normas con rango legal hasta las instrucciones, circulares y órdenes de servicio. Los resultados son, como cabe imaginar, muy dispares, poniendo en riesgo la equidad territorial entre unas Comunidades Autónomas y otras. En concreto, Comunidades como Asturias, Navarra, País Vasco y Andalucía siguen reconociendo el derecho a la atención sanitaria en condiciones iguales al resto de la población residente³²; Aragón, Canarias, Cantabria, Cataluña, Extremadura, Galicia y la Comunidad Valenciana articulan programas específicos para el colectivo de personas no aseguradas ni beneficiarias sin recursos³³; mientras que Madrid, Islas Baleares, Castilla y León, Murcia, y La Rioja han definido condiciones de acceso a la atención médica en determinados supuestos (por ejemplo, los enfermos crónicos que contaban ya con un proceso abierto antes del 31 de agosto de 2012 pueden recibir seguimiento médico de su especialista en Madrid y Murcia, al tiempo que las personas con enfermedades mentales graves pueden ser atendidas en Baleares y Madrid³⁴). Estos programas especiales o supuestos excepcionales en ningún caso puede decirse que contribuyan a consolidar la universalidad

³⁰ Art. 11 de la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra y art. 9.2 de la Ley 6/2008, de 2 de junio, de la Generalitat, de Aseguramiento Sanitario del Sistema Sanitario Público de la Comunitat Valenciana.

³¹ Providencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 18 de diciembre de 2012, por la que se acuerda la admisión a trámite del conflicto positivo de competencia promovido por el Gobierno Vasco contra los artículos 4, 5, 6, 7 y 8 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto. Recurso de inconstitucionalidad nº 433-2013 promovido por el Gobierno de Canarias, entre otras disposiciones, contra el art. 1 del RD-ley 2012 (BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2013). Recurso de inconstitucionalidad nº 414-2013 promovido por el Gobierno de Cataluña contra el art. 1 del RD-ley 2012, entre otros preceptos (BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2013).

³² Significativamente, la Circular de la Subdirección de Gestión y Evaluación de Resultados en Salud, dependiente de la Dirección General de Asistencia Sanitaria del Servicio Andaluz de Salud, de 3 de septiembre de 2012, pone de manifiesto que “se seguirán atendiendo de la misma forma que hasta el momento actual a los inmigrantes por humanidad, porque así lo recoge el Estatuto de Autonomía y porque el control sanitario de la población evita problemas posteriores de salud pública y la proliferación de enfermedades ya erradicadas en la Comunidad”.

³³ Valga citar, a título de ejemplo, la Resolución de 31 de agosto de 2012, de la Secretaría General Técnica de la Consellería de Sanidad, por la que se acuerda la publicación de la Instrucción de 31 de agosto de 2012 sobre la prestación de asistencia sanitaria en Galicia a las personas que no tienen la condición de asegurado o de beneficiario reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, por el Instituto Social de la Marina.

³⁴ Consúltense las Instrucciones de la Viceconsejera de asistencia sanitaria de la Comunidad de Madrid, de 27 de agosto de 2012, sobre la asistencia sanitaria a prestar por el Servicio madrileño de salud a todas aquellas personas que no tengan la condición de asegurada o beneficiaria.

del sistema sanitario. Castilla-La Mancha, por su parte, es la única Comunidad que se ajusta al RD-ley 2012 en sus estrictos términos³⁵.

El País Vasco aprobó el Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en el que, desoyendo la reforma operada, sigue manteniendo la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares. En concreto, reconoce el acceso a las prestaciones sanitarias contenidas en la cartera de servicios del Sistema Vasco de Salud a las personas excluidas del ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del SNS por no tener la condición de asegurados ni de beneficiarios del mismo³⁶. Frente a dicha norma, el Gobierno de la Nación interpuso conflicto positivo de competencia al entender que el Decreto vasco incurría en una inconstitucionalidad mediata, por vulneración de la normativa básica estatal que desarrolla las competencias estatales previstas en los apartados 1, 16 y 17 del art. 149.1 CE a partir de la modificación operada en la condición de beneficiario de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos prevista por la norma estatal.

Aunque aún no ha recaído sentencia al respecto, sí que el Tribunal Constitucional emitió el Auto 239/2012, de 12 de diciembre, por el que levanta la suspensión que pesaba desde la admisión de dicho conflicto sobre la vigencia de aquellas disposiciones del Decreto vasco atinentes al ámbito subjetivo de cobertura de la asistencia sanitaria. Entre las razones esgrimidas por el Tribunal para proceder a dicho levantamiento, se argumenta que el ejercicio de la competencia autonómica no impide o bloquea el ejercicio de la competencia estatal, que actúa definiendo los titulares del derecho a la asistencia sanitaria gratuita, luego “esta definición no es desvirtuada por la normativa autonómica, que sencillamente amplía las previsiones básicas estatales, habrá que ver en la solución del conflicto de fondo si de forma respetuosa o no con el contenido de la legislación básica”. Luego nos situaríamos en la lógica de las competencias compartidas y la consiguiente capacidad autonómica de ampliar, mejorándola, la regulación mínima estatal.

El Auto es contundente y de suma oportunidad, dado que viene a confirmar todos los motivos que se han invocado en las líneas precedentes en aras de demostrar la improcedencia de la restricción operada con ocasión de la reforma analizada. En concreto, el Tribunal

³⁵ *Dos años de reforma sanitaria: más vidas humanas en riesgo*. Informe de Médicos del Mundo, Madrid, abril de 2014, págs. 13-16.

³⁶ El art. 2 de la norma exige el cumplimiento simultáneo de los siguientes requisitos: empadronamiento en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma de Euskadi en el que tengan su domicilio habitual, por un periodo continuado de, al menos, un año inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud de reconocimiento de la asistencia sanitaria; ser persona perceptora de prestaciones económicas integradas en el Sistema Vasco de Garantía de Ingresos e Inclusión o tener ingresos inferiores a la cuantía correspondiente a la renta básica para la inclusión y protección social de acuerdo a su normativa reguladora; así como no tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título. En todo caso, para los inmigrantes que llevasen menos de un año empadronados, a los que hasta entonces se les daba una tarjeta sanitaria provisional (puesto que el Servicio Vasco de Salud-Osakidetza no puede emitir tarjetas sanitarias nuevas), se han emitido documentos “temporales y revisables” *ad hoc*, con validez hasta que se cumpla el año de empadronamiento, que reconocen el derecho a la asistencia sujeto a una comprobación del arraigo laboral o social de la persona que solicita asistencia sanitaria en el País Vasco, de forma que se evite el “efecto llamada” de personas inmigrantes residentes en Comunidades Autónomas que sí acatan y cumplan el Real Decreto-Ley de exclusión de los inmigrantes en situación irregular.

Constitucional recalca la función que compete a los poderes públicos en el sentido de garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la protección de la salud, añadiendo que la indubitada importancia (“importancia singular”, en términos del Tribunal) del derecho a la protección de la salud en su vertiente individual y colectiva en el marco constitucional “no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado”. Debe prevalecer, pues, conforme se ha venido exponiendo a lo largo de este artículo y tal y como reitera ahora el máximo intérprete de la Constitución, la protección del bien jurídico salud sobre cualquier estrategia de contención del gasto público. Y es que la exclusión subjetiva del sector inmigrante irregular, según el mencionado Auto, “repercutiría no sólo en su estado de salud individual sino en la prevención de la propagación de determinadas enfermedades infecto-contagiosas, afectando seriamente a la salud de toda la sociedad”.

El caso del País Vasco no ha sido aislado. Por su parte, la Comunidad Foral de Navarra aprobó el Decreto Foral 117/2012, de 31 de octubre, por el que se modifica el Decreto Foral 640/1996, de 18 de noviembre, por el que se establece el procedimiento y las condiciones para el acceso a las prestaciones del Régimen de Universalización de la Asistencia Sanitaria Pública en la Comunidad, norma cuya vigencia y aplicación fue objeto de suspensión a raíz de un conflicto positivo de competencia también promovido por el Gobierno de la Nación³⁷. La norma exigía en su artículo único la residencia habitual en un municipio de Navarra con una antigüedad mínima de un año, al tiempo que imponía la contribución a su financiación con una cuota de participación de 764,46 euros al año, para las personas de hasta 64 años de edad, y de 2.675,62 euros, para las personas de 65 y más años de edad.

Más tarde, con objeto de aportar mayor seguridad jurídica, se aprobaría la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra, contra la que se interpuso recurso de inconstitucionalidad. Esta norma derogó el Decreto Foral 640/1996, arriba referido, así como sus modificaciones y disposiciones de desarrollo, entendiéndose incluido entre éstas el Decreto Foral 117/2012. El texto legal de 2013, tras proclamar en su Exposición de Motivos que pretende “dejar proclamado, reconocido y garantizado en Navarra el derecho de acceso de todos los residentes en Navarra, cualquiera que sea su situación legal o administrativa, a la asistencia sanitaria pública y gratuita que presta el sistema sanitario público de la Comunidad Foral de Navarra”, dispone en su artículo único que todas las personas con residencia en Navarra tienen derecho de forma gratuita a la asistencia sanitaria primaria o especializada, prestada por el sistema sanitario público de la Comunidad Foral de Navarra, con cargo a los Presupuestos Generales de Navarra, cualquiera que sea su edad, nacionalidad o situación legal o administrativa³⁸. Aportada la documentación que acredite la residencia, la Administración sanitaria expide, gratuitamente y sin más dilación, a las personas que no dispongan de la Tarjeta Sanitaria Individual del Sistema Nacional de Salud, un documento de identificación de acceso al régimen de universalización de la asistencia sanitaria pública en Navarra. Nótese, por tanto, que dicho documento de identificación únicamente, y como no podía ser de otra forma, brinda acceso

³⁷ BOE núm. 29 de 2 de febrero de 2013.

³⁸ La citada Ley entiende por “residencia” el hecho de acreditar, por cualquier medio admitido en Derecho, incluido el empadronamiento, que el domicilio de la persona está en un municipio de Navarra, sin atención a tiempo alguno.

al servicio de salud propio de la Comunidad navarra, sin que pueda ser empleado para disfrutar de prestaciones sanitarias en servicios autonómicos distintos.

Lo cierto es que la norma legal referida muestra plena coherencia con el art. 11 de la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra, en el que se enuncia que la asistencia sanitaria pública, de cobertura universal, se extiende a todas las personas que residan en los municipios de la Comunidad Foral de Navarra, reconociendo expresamente que “también se extiende a los inmigrantes que residan en los municipios de Navarra con independencia de su situación legal o administrativa”. Frente a la Ley Foral 8/2013 se interpuso recurso de inconstitucionalidad por parte del Presidente del Gobierno estatal³⁹. A la espera de sentencia que lo resuelva, de momento el Tribunal Constitucional ha acordado en Auto 114/2014, de 8 de abril, levantar la suspensión de las disposiciones relativas a la ampliación subjetiva de la asistencia sanitaria, esgrimiendo prácticamente las mismas argumentaciones que ya empleó en el anterior ATC 239/2012, de 12 de diciembre⁴⁰.

4. UNA PRETENDIDA RECTIFICACIÓN: EL ACCESO CIRCUNSCRITO A LA ATENCIÓN PRIMARIA

Desde el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad se ha anunciado muy recientemente que los extranjeros en situación administrativa irregular recuperarán el derecho de acceso al nivel de atención primaria. Esta pretendida rectificación es del todo desacertada desde el punto de vista técnico-jurídico, ya que desatiende el principio de reserva de ley contenido en el art. 43 CE, al remitirse a un ulterior acuerdo en el CISNS, sin prever ninguna modificación a nivel jurídico-legal al respecto.

Además, se trata de una medida a todas luces insuficiente, pues sigue privando a dicho colectivo social de la tarjeta sanitaria, luego los inmigrantes en situación administrativa irregular continúan sin ver reconocido el derecho de acceso gratuito a las prestaciones propias de la atención médica especializada o a los medicamentos, en manifiesta incongruencia con el carácter integral que en este trabajo de investigación ya se ha señalado que define el bien jurídico de la salud. Conviene hacer constar que la universalidad no sólo supone garantizar el acceso a toda la población, sino también conlleva hacerlo en condiciones de igualdad. Esto es, la asistencia sanitaria universal, además de referirse a la condición subjetiva de los destinatarios, lo hace muy señaladamente a los concretos términos en que se ejerce dicha posición (art. 3 LGS). Tan importante es proclamar el acceso de todas las personas a una asistencia sanitaria “suficiente” o “de calidad” como asegurar que ésta sea idéntica para unos y otros. Los servicios públicos sanitarios dispensados deben ser, en definitiva, los mismos. Ésta es la auténtica garantía del componente igualitario que reposa en el contenido esencial del derecho a la asistencia sanitaria y, aunque constituye un enfoque poco referido de la universalidad, es el que, sin duda, le dota de mayor significación. Sólo así se cristaliza la

³⁹ Recurso nº 7089/2013. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 17 de diciembre de 2013, acordó su admisión a trámite.

⁴⁰ Señaladamente, sostiene el Tribunal Constitucional que el mantenimiento de la suspensión consagraría en el tiempo la limitación del acceso al derecho a la salud para determinados colectivos vulnerables por sus condiciones socioeconómicas y sociosanitarias (FJ 8).

cohesión social como valor inspirador de la asistencia sanitaria, emergiendo la universalización en la más patente muestra de la dimensión solidaria de nuestro sistema sanitario.

El continuar privando a los extranjeros en situación irregular de la tarjeta sanitaria individual es mucho más que una cuestión meramente formal. En cuanto documento acreditativo del derecho de acceso al sistema sanitario, representa una notoria quiebra en el principio de igualdad consustancial a la salud como factor de necesidad social básico. Es preciso, pues, recuperar la universalidad del derecho a la asistencia sanitaria, entendiéndola, como hace DE LUCAS respecto de todos los derechos humanos, no sólo como la seguridad en el reconocimiento y satisfacción de las necesidades básicas de todos, sino como “la exigencia de inclusión plural, de reconocimiento de igualdad compleja”⁴¹.

No está de más recordar que en la Decisión relativa a la Reclamación nº 67/2011, *Médecins du Monde – International c. Francia*, decisión de fondo de 11 de septiembre de 2012, el Comité Europeo de Derechos Sociales entendió que los Estados Partes en la Carta Social Europea tienen obligaciones positivas en materia de acceso a la asistencia sanitaria con respecto a los migrantes, se encuentren o no en situación irregular. Ello es coherente con lo sostenido en la Decisión a la Reclamación nº 14/2003, *Fédération Internationale des Ligues des Droits de l'Homme c. Francia*, decisión de fondo de 7 de septiembre de 2004, en la que se tuvo ocasión de remarcar que la atención sanitaria constituye condición previa esencial para la preservación de la dignidad humana y que esta última representa un valor fundamental que se sitúa en el núcleo del Derecho europeo positivo en materia de derechos humanos, luego los Estados deben garantizar a toda persona el derecho de acceso a la asistencia sanitaria y el sistema de salud debe ser accesible a toda la población. De ahí que se concluya que una legislación o práctica nacional que niega el derecho a la atención médica a los extranjeros en situación irregular resulta contraria a la Carta. Supuesto en el que se inscribe a la perfección la normativa española vigente.

5. LA UNIVERSALIZACIÓN Y SU SIGNIFICACIÓN EN TÉRMINOS DE COHESIÓN SOCIAL

La universalización del campo subjetivo de cobertura es uno de los principios técnico-jurídico definidores de nuestro sistema de Seguridad Social, constituyendo la asistencia sanitaria su más laureada expresión. Como mandato constitucional derivado de los arts. 41 y 43 CE⁴², la universalización es enunciada a lo largo y ancho de las diversas normas reguladoras de la asistencia sanitaria. En concreto, el art. 3.2 LGS señala que “la asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española”, al tiempo que precisa que “el acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva”. Por su parte, la LCC establece el aseguramiento universal y público por parte del Estado como principio básico a informar el texto legal (art. 2.b.).

⁴¹ DE LUCAS, J.: “Algunas tesis sobre el desafío que plantean los actuales flujos migratorios a la universalidad de los derechos humanos”, en AA. VV.: *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 101.

⁴² El título jurídico material utilizado en el art. 43 (“todos”) resulta más ambicioso que el jurídico formal al que alude el art. 41 (“todos los ciudadanos”). Consúltase al respecto MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C.: “La protección de la salud. Configuración y delimitación técnica: la asistencia sanitaria como acción protectora del sistema de Seguridad Social”, en AA. VV.: *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social: estudio de su régimen jurídico*, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), Comares, Granada, 2008, pág. 393.

La importancia del principio de universalización se justifica al concluir que sólo de su mano se puede alcanzar un nivel óptimo de cohesión social, ya que representa un presupuesto indispensable para la materialización del principio de solidaridad, principio que participa insigne en la función de integración propia del Estado social. En efecto, la participación de todos los individuos en la sociedad como reclamo de la justicia social carece de efectividad si el Estado garantiza las prestaciones sanitarias únicamente a los integrantes de un determinado y reducido círculo de ciudadanos o bien algunos de ellos sólo acceden a tratamientos incompletos con respecto a los demás.

La universalización aparece así como una consecuencia coherente con el sustrato en el que reposa el derecho social a la protección de la salud, orientado a la equidad. Se trata de atender a los supuestos de pérdida de salud de los individuos, asumida la imposibilidad por parte de los mismos de afrontarlos desde un plano exclusivamente individual. Y, precisamente, tal propósito de satisfacción de las necesidades más esenciales de la existencia humana se ha de proclamar respecto de todos los miembros de la sociedad, con espíritu integrador, pues lo contrario sería de todo punto incompatible con la actividad promocional del Estado en la efectividad de la libertad y la igualdad de los individuos a la que alude el artículo 9.2 CE.

Si la protección estatal ante supuestos de enfermedad encuentra su fundamento en la dignidad que toda persona intrínsecamente posee, resulta coherente que dicha actividad promocional se garantice respecto de la totalidad de la sociedad. Ciertamente, el Estado, erigido en máxime garante de las condiciones esenciales de la vida humana, ha de ejercer esta función para todos los individuos, a través del enfoque integrador propio de la Seguridad Social. La estructura sociopolítica, al asentarse sobre los valores superiores que encarnan la solidaridad y la igualdad, hace viable la realización social de la dignidad humana.

Proclamar la dignidad inherente a la condición humana supone, por su parte, afirmar de inmediato el principio de igualdad de todos los individuos, determinante éste de la política social propia de los Estados del Bienestar en cuanto inspirador de la ciudadanía social. Sin conformarse con una mera proclamación teórica de la justicia, el Estado social promueve la consecución de la misma mediante la garantía de la igualdad, en coherencia con la teoría de los derechos. No basta, pues, la mera proclamación del acceso de todos los individuos, sino que tal acceso ha de ser adjetivado como igualitario, es decir, ha de dispensarse a los miembros de la población igual protección. Sólo de esta manera se puede reconocer una efectiva igualdad material como modeladora de la homogeneidad social a la que aludía HELLER como presupuesto de la democracia⁴³.

Como consecuencia del principio de igualdad, el cual ha de relacionarse a estos efectos no sólo con el artículo 14 de la Constitución sino también y principalmente con el 9.2, las prestaciones sanitarias deben ser dispensadas con el único techo de las posibilidades técnicas alcanzadas en la sociedad. La protección contra la enfermedad no puede limitarse a los integrantes de determinados sectores sociales. Antes al contrario, se ha de garantizar a todas las personas un acceso en condiciones de igualdad a las prestaciones sanitarias. Si a todos compete la financiación del sistema sanitario, resulta coherente que todos queden

⁴³ Véase HELLER, H.: *Escritos políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, pág. 257 y ss.

integrados en el ámbito subjetivo de cobertura, conectando fielmente la noción de “contribuyentes” con la de “destinatarios de las prestaciones”.

6. CONCLUSIONES

La exclusión de los extranjeros en situación irregular del acceso gratuito a los servicios de salud rompe con la universalidad como principio cardinal de nuestro sistema sanitario, afectando a uno de los colectivos más vulnerables y precisamente más necesitados de protección. De ahí que dicha medida regresiva pueda, en consecuencia, ser cuestionada desde un amplio enfoque.

En primer lugar, se ha de acometer un cuestionamiento de la misma *a la luz de la Constitución española*. Y es que tanto el art. 41 CE, aludiendo a “todos”, como el 43 CE, en su referencia a “todos los ciudadanos”, propugnan la universalidad como una de las señas de identidad del sistema de Seguridad Social, en general, y de las prestaciones sanitarias, en particular. De lo que se desprende que las normas legales que desarrollen la letra constitucional al respecto deben preservar la universalidad como premisa de la configuración del sistema prestacional sanitario. La titularidad del derecho a la asistencia sanitaria no es dependiente de la condición de ciudadano, sino de la de persona. Dicho de otra forma, la ciudadanía política no puede operar como criterio de definición de los titulares del derecho a la asistencia sanitaria, consustancial a la dignidad humana.

La reforma en el ámbito subjetivo de cobertura de las prestaciones sanitarias merece también ser cuestionada *a la luz del Derecho internacional de los Derechos Humanos*. A estos efectos, conviene poner el acento en una cláusula cuya potencialidad no es infortunadamente tan aprovechada como debería ser. Se trata del canon interpretativo que contiene el art. 10.2 CE en remisión a los instrumentos de derechos humanos, que contienen comúnmente una formulación universalista, esto es, un reconocimiento del derecho fundamental a la protección de la salud respecto de “toda persona” (señaladamente, los arts. 25.1 DUDH, 12.1 PIDESC, 13.1 CSE y 35 CDFUE). De lo que se sigue que, siendo éste el sentido en el que están llamados a ser interpretados los derechos contenidos en la Constitución, bien puede concluirse que la reforma sanitaria y la restricción que opera en la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria sobre la base de la situación jurídico-administrativa de la persona, tiene sobradas tachas de inconstitucionalidad. En efecto, la reforma operada por el RD-ley 2012 deriva en un resultado manifiestamente contrario a la concepción internacional del derecho y, en consecuencia, a la interpretación que exige hacer el art. 10.2 CE. Esta denunciada oposición entre la medida restrictiva española y el Derecho internacional ha sido precisamente confirmada desde muy diversas instancias internacionales.

Asimismo, la ruptura con la universalidad del sistema es susceptible de ser cuestionada *a la luz de su impacto económico y sanitario*. No existen razones concluyentes para presumir que aquélla consiga el propósito de reducción del gasto público sanitario bajo cuya justificación fue adoptada. En este sentido, está demostrado que no es el colectivo extranjero irregular el que hace un mayor uso del sistema sanitario. A su vez, al quedar la atención de urgencias como el único nivel de atención con acceso gratuito para este sector poblacional, queda condenado a una (todavía) mayor presión en la demanda de sus servicios, cuya financiación resulta por otra parte más costosa que los de tipo preventivo. En clave

sanitaria, además, conviene hacer constar que esta restricción en el control sanitario de un colectivo potencialmente portador de enfermedades infecto-contagiosas puede devenir en un riesgo para el conjunto de la población, convirtiéndose una cuestión de salud individual en un problema de salud pública.

El conjunto de cuestionamientos que se viene haciendo puede concluirse reflexionando ahora *a la luz del reparto competencial en materia sanitaria*. Y es que, también en este extremo, la exclusión de los extranjeros en situación irregular presenta efectos controvertidos. La recepción de la medida no ha sido en modo alguno pacífica en las Comunidades Autónomas responsables de la gestión de los distintos servicios autonómicos de salud. De manera que del análisis del panorama que actualmente presenta la aplicación de la medida en el conjunto del territorio nacional, el resultado no puede hallarse más fragmentado: desde aquellas Comunidades que han optado por aplicarla en sus estrictos términos, hasta aquellas que se han rebelado manteniendo la provisión universal de los servicios sanitarios en ellas instalados, pasando por aquellas otras que han decidido modular en ciertos aspectos la reforma estatal.

La exclusión de determinados colectivos del derecho a la asistencia sanitaria supone hoy, en definitiva, un palpitante desafío de amplias dimensiones. En este sentido, no despliega consecuencias exclusivamente en el ámbito de la protección de la salud, pues también tiene efectos devastadores en términos de cohesión social. La introducción de criterios discriminatorios (señaladamente la exigencia de regularidad en la situación administrativa) en el acceso a los servicios de salud no es coherente con el enfoque integrador característico de nuestro modelo de Estado Social y con una de las principales exigencias de la justicia social, concretada en la satisfacción de determinadas necesidades básicas en la vida de todos los seres humanos, procurando su plena integración y participación en la sociedad. Teniendo en cuenta que la protección social en general, y la sanitaria en particular, encuentra su fundamento en la dignidad inherente al ser humano, no resulta costoso colegir que la atención a la salud debe promocionarse respecto del conjunto de la sociedad en condiciones de igualdad.

La pretendida rectificación anunciada recientemente desde el Ministerio de Sanidad y proclamada como un restablecimiento de la asistencia sanitaria a los extranjeros irregulares en ningún caso puede calificarse como tal. Y ello porque, desde el punto de vista material, se muestra a todas luces insuficiente al habilitar el acceso de este colectivo exclusivamente al nivel de atención primaria, continuando privado del acceso a la atención médica especializada y a los medicamentos, frustrando cualquier posible continuidad de tratamiento. Al tiempo, la medida es del todo inadecuada desde el punto de vista técnico-jurídico. Desatendiendo el principio de reserva de ley contenido en el art. 43 CE, se remite a un ulterior acuerdo en el CISNS, sin que se prevea ninguna modificación a nivel jurídico-legal al respecto.

Así las cosas, se propone desde estas líneas (re)instaurar efectivamente la titularidad universal del derecho a la asistencia sanitaria, solucionando las disfunciones advertidas entre los términos de la última reforma y las opciones asentadas en la base política y jurídica de nuestro modelo sanitario. La solución pasa, pues, por proceder a la efectiva realización, dar operatividad plena a los principios formulados en el texto constitucional, en los instrumentos internacionales de derechos humanos e incluso en normas básicas de la regulación sanitaria

(LGS). Siendo la salud una de las necesidades más elementales de todo ser humano, no resulta admisible otro título de acceso a los servicios sanitarios que el de *persona*. Ésta y no otra es la interpretación coherente con un derecho fundamental y universal que es correlato de la dignidad inherente al ser humano, la cual constituye a su vez el presupuesto antropológico de la configuración del Estado social y democrático de Derecho. En coherencia con ello, se impone necesario restituir el derecho de los inmigrantes irregulares a la tarjeta sanitaria, aboliendo el requisito de la situación administrativa regular y restableciendo su derecho de acceso al conjunto de las prestaciones sanitarias en todos los niveles de atención, y no exclusivamente en el propio de atención primaria. Es ésta la propuesta más coherente con la consideración del derecho a la asistencia sanitaria como un auténtico derecho fundamental de la persona.