

STC 145/2017, de 14 de diciembre (BOE núm. 15, de 17 de enero 2018) Tipo de Proceso Recurso de inconstitucionalidad 6022-2015: La universalidad de la asistencia sanitaria en tela de juicio

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada
 <https://orcid.org/0000-0002-1248-6015>

I. LA LUCHA INCANSABLE POR EL DERECHO Y POR LA JUSTICIA: RECORDANDO A FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ

Quiero dedicar mis primeras palabras al profesor y magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, a quien tuve la suerte de conocer y escuchar en diversas ocasiones. El profesor Valdés Dal-Ré ha dejado una huella imborrable en el ordenamiento jurídico. Y es que, como no podía ser de otra manera, se trataba de una persona muy innovadora y protectora de los derechos fundamentales que “per se” le corresponden a toda persona. En contra de todo pronóstico y movido siempre por esa “lucha del derecho”, este gran jurista nos ha enseñado, a golpe de sentencia, que el derecho no tiene límites y que hay que interpretarlo de una manera teleológica y garantista para así alcanzar una idea de justicia. Pese a su talante tranquilo y mediador, el profesor Valdés Dal-Ré se mostró siempre implacable frente a los actos contrarios al derecho. Era un hombre que, con pocas palabras, sentaba doctrina. Y así, de hecho, ha quedado reflejado en sus brillantes estudios y magistrales sentencias.

Desde la doctrina científica, pero también desde la jurisprudencia aún rememoramos el pensamiento del profesor Fernando Valdés Dal-Ré, pues el mismo nos sirve para seguir avanzando en pro de una protección universal e integral de los derechos sociales fundamentales que les corresponden a todas las personas. A buen ejemplo, se encuentra el derecho a la salud de las personas inmigrantes. Constituye éste, sin duda, un tema de suma importancia y conflictividad.

El acceso de los inmigrantes a los servicios de salud se encuentra condicionado por la configuración legal del derecho a la atención sanitaria de carácter público, que ha experimentado cambios significativos en los últimos años, con ampliaciones y restricciones sucesivas desde que la LOEXIs extendiera el derecho a todos los extranjeros independientemente de su situación administrativa. El Real Decreto-ley 16/2012, introdujo una importante limitación del derecho a la atención sanitaria de los extranjeros sin autorización de residencia, limitación que en muchos casos fue sorteada con las medidas tomadas por las distintas Administraciones autonómicas. A buen ejemplo, cabe citar aquí la sentencia 145/2017, de 14 de diciembre de 2017 en donde el Tribunal Constitucional declara la nulidad de la norma autonómica valenciana por la cual se extiende la cobertura sanitaria a los sujetos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud. En contra de la opinión mayoritaria, el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré (junto a don Juan Antonio Xiol Ríos, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y doña María Luisa Balaguer Callejón) expresa su voto particular y se alinea al voto particular ya formulado en la STC 134/2017, de 16 de noviembre.

En cualquier caso, la aprobación del Real Decreto-ley 7/2018 recupera el derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros residentes en España en situación de estancia irregular. Con todo, algunas necesidades de atención no encuentran respuesta suficiente a través del circuito público, es por ello que la población extranjera se halle en una posición de clara desventaja con respecto a la autóctona. Efectivamente el acceso a algunos tratamientos sanitarios resulta limitado por lo que, al

final, se condiciona el estado de salud (en general) de las personas inmigrantes a la disponibilidad de recursos económicos¹.

Posteriormente, la doctrina del Tribunal Supremo (con sentencia de 13 de mayo de 2019) generará un importante retroceso al excluir a los extranjeros en situación regular del derecho a la asistencia sanitaria. Algo que resulta inaudito y contrario a la configuración de la salud como derecho humano universal, toda vez que este derecho se atribuye a toda persona, con independencia de su situación legal o ilegal. Al igual que ya hizo la sentencia del Tribunal Constitucional número 145/2017 (aquí comentada), la judicialización de los conflictos ha propiciado una grave discriminación entre inmigrantes en razón de su condición administrativa y situación económica que resulta contraria a la normativa internacional y comunitaria (a saber: la Declaración Universal de Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Carta Social Europea y el Convenio número 97 de la Organización Internacional del Trabajo).

A la salud habrá de otorgársele el “más alto nivel posible”, por ello resulta imprescindible y urgente la eliminación de esa distinción que en el acceso a la asistencia universal—entre inmigrantes regulares e irregulares— ha creado el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de mayo de 2019. De lo contrario, el panorama *iustlaboral* español se irá acercando peligrosamente a la legislación de algunos Estados miembros en donde sí se han impuesto limitaciones graves y flagrantes a los derechos humanos y fundamentales de toda persona.

II. LA PROTECCIÓN UNIVERSAL DE LA SALUD COMO DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL

La protección universal del derecho a la salud se ha venido configurando como una cuestión conflictiva que, en principio, se ha vinculado al sistema de la Seguridad Social y solo ante la ausencia de dicho título es entonces cuando ha entrado en juego el título de residencia legal². De acuerdo con este criterio, han quedado durante algún tiempo fuera del disfrute de este derecho las personas inmigrantes en situación irregular administrativa. Sin lugar a dudas, este hecho ha sido objeto de fuertes críticas y duro debate político, ya que no logra entenderse cómo de una configuración legal se puede limitar derechos cuasi-fundamentales únicamente por el hecho de la situación legal y administrativa en España³. En efecto, el mismo Tribunal Constitucional ha reconocido esta injusta cuestión al afirmar que “la asistencia sanitaria pública no es un Derecho que haya de ser reconocido a los extranjeros en igualdad de condiciones que los españoles” (Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2000, de 10 de abril). Y, de igual modo, en lo que respecta al reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas (CCAA) el Alto Tribunal recuerda que “la normativa básica estatal cierra toda posibilidad a las normas autonómicas de desarrollo para configurar un sistema de acceso a las prestaciones sanitarias que no atienda a los conceptos de asegurado o de beneficiario que han establecido las bases recogidas en el artículo 3 de la Ley 16/2003” (STC 134/2017, de 16 de noviembre).

¹ LÓPEZ INSUA, B.M: *La protección social de las personas inmigrantes: un modelo garantista*, Barcelona, Atelier, 2020.

² GARCÍA MURCIA, J y RODRÍGUEZ CARDO, I.A: “Asistencia sanitaria transfronteriza en el ámbito de la Unión Europea: de la Seguridad Social a una regulación específica”, *Foro-Nueva época*, vol.17, núm.1, 2014, pág. 312. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C: *La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2014.

³ TORTUERO PLAZA, J.L: “El derecho a la asistencia sanitaria: asegurados y beneficiarios”, en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Ediciones Laborum, 2016, pág. 60. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C: “Asistencia médica universal y ¿gratuita? a los extranjeros en España: el dictamen motivado 2009/2341 de la Comisión Europea contra España”, *Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. III, nº1, 2018, pág.1.

El estatuto jurídico constitucional que ha diseñado el Tribunal Constitucional (TC), a raíz de la previsión establecida en el artículo 13.1 de la Constitución Española (en adelante CE)⁴, debe seguir tres parámetros básicos que habilitan esta diferenciación entre nacionales y extranjeros⁵, a saber: 1) El derecho a la salud, por su ubicación en la Carta Magna, no es un derecho fundamental de máximo nivel de protección ex artículo 53 de la CE (aunque sí lo es desde una significación jurídica más general en la normativa internacional y europea a la que se remite ex art. 10.2 CE). Se trata de un principio rector de la política social y económica (artículo 43 de la CE) que se relaciona con los derechos fundamentales a la vida, la dignidad humana, la integridad (física y psíquica) y la intimidad personal⁶. 2) Erróneamente ha afirmado el Tribunal Constitucional que se trata éste de un derecho prestacional y de configuración legal que podrá ser limitado por el legislador atendiendo a los intereses públicos y la disponibilidad presupuestaria. A este respecto, recuerda el Auto del Tribunal Constitucional 96/2011, de 21 de julio que: "... la sostenibilidad del sistema sanitario público impone a los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización del gasto sanitario, necesarias en una situación caracterizada por una exigente reducción del gasto público, de manera que las administraciones públicas competentes tienen la obligación de distribuir equitativamente los recursos públicos disponibles y favorecer un uso racional de este Sistema". De modo que, con este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional avala la primacía de una racionalidad económica antes que el respeto a una racionalidad social⁷ tendente al mantenimiento de un derecho a la ciudadanía inclusiva en condiciones de igualdad, de acuerdo con lo que establecen los derechos constitucionales⁸. 3) El legislador dispone de plena libertad para configurar este derecho, tal y como dispone el Constitucional en su sentencia 236/2007, de 7 de noviembre: "... el legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España, y exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales que por su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma ley establece para entrar y permanecer en territorio español".

El amplio margen que el Tribunal Constitucional concede al legislador español le lleva a operar una clasificación tripartita de los derechos fundamentales que les corresponde a los extranjeros en España (STC 236/2007): A) Aparecen aquellos derechos fundamentales que les corresponden a todos los extranjeros en igualdad de condición que a los españoles, debido a que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana como fundamento del orden político español (entre otros se encuentra el derecho a la vida, integridad física, derecho a la intimidad, a la asistencia jurídica, derecho a la educación y la libertad ideológica). B) El Alto Tribunal español se refiere a los derechos que la Constitución reconoce a los extranjeros y que se engloban bajo fórmulas jurídicas impersonales (se habla aquí de los derechos fundamentales de reunión y de asociación)⁹. Finalmente, C) se identifica

⁴ "1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley".

⁵ Artículo 1.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEXIs): "Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española".

⁶ De ahí que, una parte de la doctrina se refiera a él como un derecho cuasifundamental o cuasiconstitucional. Ver ARZOLA ASTACIO, H. L.: "Derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros", *Revista Gabilix*, nº11, 2017, págs. 125 y siguientes.

⁷ MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: "La universalidad del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria en cuestión y el derecho al autogobierno autonómico", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº16, 2018, pág. 33.

⁸ LÓPEZ INSUA, B.M.: "La Seguridad Social de los trabajadores migrantes", en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., TULLIO BARROSO, F. y LAS HERAS, H. (DIRS); MALDONADO MOLINA, J.A. y MORENO VIDA, M^a.N. (Coords), *El futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente*, Murcia, Laborum, 2018, págs. 583-614.

⁹ Se trata de derecho que deben ser reconocidos a todos los extranjeros, independientemente de que sean o no residentes legales. No obstante, el Constitucional reconoce que el legislador puede establecer "condicionamientos adicionales" respecto a su ejercicio que, "si bien ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales".

una tercera categoría cuya titularidad de derechos corresponderá a los extranjeros en la medida en que así lo reconozcan los tratados y las leyes. Se tratan, por tanto, de derechos que la Constitución no atribuye directamente a los extranjeros, pero que el legislador puede extender a los extranjeros “aunque no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles”. En este caso “... al regular tales derechos la libertad del legislador es más amplia, ya que puede modular las condiciones de ejercicio en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros” o tomar en “consideración el dato de su situación legal o administrativa en España”. En este punto se presenta el derecho a la salud y el derecho a la protección por desempleo en España.

Por lo tanto, siguiendo estrictamente lo preceptuado por la CE y de conformidad con la interpretación dada por el Tribunal Constitucional, el derecho a la salud habrá de estar a lo dispuesto por su normativa legal específica para así determinar el alcance de la cobertura sanitaria para los inmigrantes¹⁰. Sin embargo, olvida aquí el Constitucional y el legislador que la salud se concreta en el derecho a la asistencia sanitaria, la cual engloba ampliamente a todos los ciudadanos. En efecto, la protección a la salud y a la asistencia sanitaria constituye un pilar fundamental del constitucionalismo democrático-social mundial y europeo, de ahí que se configure el derecho a la salud como un derecho humano fundamental de carácter primario y esencial para el logro de una ciudadanía inclusiva¹¹. Por lo tanto, independientemente de la condición administrativa del extranjero, todas las personas son titulares de los derechos fundamentales reconocidos en los Convenios Internacionales y Declaraciones Universales de Derechos Humanos reconocidos por el Estado español. Al configurarse la asistencia sanitaria como un derecho subjetivo no cabe pues, separar el derecho reconocido ex artículo 41 CE —derecho a la Seguridad Social— del reconocido ex artículo 43 CE —derecho a la protección de la salud. Distinto de lo anterior será que el derecho a la asistencia sanitaria se preste a través del Sistema Nacional de Salud¹².

De acuerdo con estas ideas, no puede mantenerse en absoluto una independencia conceptual y normativa de la Asistencia Sanitaria respecto de la Seguridad Social¹³, pues ambas caminan de la mano y en sintonía para hacer frente a los distintos estados de necesidad de los todos los ciudadanos¹⁴.

En definitiva, el derecho a la asistencia sanitaria se configura como un derecho subjetivo en el ordenamiento jurídico español, al que constitucionalmente se le otorga una deficiente técnica de garantía débil¹⁵, como es la de los “principios rectores de la política social y económica”. En consecuencia, sin perjuicio de su naturaleza de auténtico derecho constitucional y su innegable valor normativo, lo cierto es que su sentido y alcance dependerán prácticamente de la concreción que le

¹⁰ SAURA SÚCAR, M: “La prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social a los extranjeros”, *Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, nº 94 (99), 2001, pág. 2.

¹¹ MONEREO PÉREZ, J.L: “La salud como derecho humano fundamental”, *Relaciones Laborales*, nº 9, 2014, págs. 1-15 en su versión digital. Del mismo autor, “La coordinación comunitaria de los sistemas de asistencia sanitaria (I y II)”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Nº 5-6, 2010, págs. 69-94, y 59-86, respectivamente. En esta misma línea, TORTUERO PLAZA, J.L: “El derecho a la asistencia sanitaria: asegurados y beneficiarios”...op.cit.

¹² MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C, QUESADA SEGURA, R y MALDONADO MOLINA, J.A: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2018.

¹³ MALDONADO MOLINA, J.A: “El derecho a la Seguridad Social. Configuración técnico-jurídica de un derecho social protector de los trabajadores extranjero”, en AA VV, MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A. y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. (Coord.), *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros*, Granada, Comares, 2010.

¹⁴ MONEREO PÉREZ, J.L: “La salud como derecho humano fundamental”, op.cit, págs. 1-15 en su versión digital. MONEREO PÉREZ, J.L, MOLINA NAVARRETE, C, QUESADA SEGURA, R y MALDONADO MOLINA, J.A: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2018.

¹⁵ MALDONADO MOLINA, J.A: “Capítulo. 3. La Seguridad Social de los inmigrantes”, en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L (Dir.), RODRÍGUEZ INIESTA, G, MALDONADO MOLINA, J.A y DE VAL TENA, L.A (Coord), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Tomo II, Murcia, Laborum, 2017, págs. 509-515.

den las leyes de desarrollo (artículo 53.3 CE)¹⁶. Pero siempre y en todo caso sin olvidar el *mandato imperativo* de interpretar este derecho social conforme a lo establecidos en las normas internacionales ratificadas por nuestro país (artículo 10.2 CE).

1. Vaivenes normativos y conflictos de competencias: el derecho a la salud a examen

Haciendo un breve repaso legislativo se observa que el derecho a la salud, desde el año 2000, se ha consolidado en España para los inmigrantes irregulares únicamente en los casos de urgencia. Sin embargo, a partir del año 2009 su ámbito de aplicación se fue extendiendo también a los casos de atención primaria y especializada, pero siempre a condición de que los inmigrantes irregulares estuviesen empadronados. En efecto, todos los extranjeros empadronados en España, con independencia de su situación administrativa, gozaban del derecho a la asistencia sanitaria “en las mismas condiciones que los españoles”, de conformidad con el art. 12.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEXIs).

Un importante cambio de rumbo se produce tras la entrada en vigor del RD-ley 16/2012, de 20 de abril: una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud. Son varias las modificaciones legislativas que este arrollador Real Decreto introduce en el sistema jurídico, lo que llega hasta el punto de denegar a los extranjeros en situación irregular administrativa en España el derecho al acceso a la asistencia sanitaria, en igualdad de condiciones a los españoles y con cargo a los fondos públicos¹⁷.

La misma Exposición de Motivos del Real Decreto del año 2012 se refiere a este hecho y aclara que, con esta reforma, lo que se pretende es “afrontar una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud dotándolo de solvencia, viabilidad y reforzando las medidas de cohesión para hacerlo sostenible en el tiempo”.

Ciertamente, fue una reforma que al titular del derecho a la protección de la salud le afectó enormemente. Y es que no cabe duda de que con ella quedaron afectados los pilares básicos que sostienen al sistema sanitario en lo que a derechos y obligaciones se refieren, en particular: la cobertura, el gasto, las prestaciones y los resultados. Se justifica esta reversión y desnaturalización del derecho a la asistencia sanitaria en base a una serie de situaciones que tienen que ver con la asistencia sanitaria prestada a ciudadanos comunitarios y provenientes de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo¹⁸. En efecto, aunque no se refiere a este razonamiento de manera directa el Real Decreto-Ley de 2012, lo cierto es que cabe deducirlo de las referencias normativas que

¹⁶ Tal como ha recordado la doctrina del Tribunal Constitucional en su sentencia 95/2000, de 10 de abril, los principios rectores de la política social y económica, no son normas vacías de contenido, sino que las resoluciones de los órganos judiciales habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el artículo 53.3 CE. MONEREO PÉREZ, J.L y ORTEGA LOZANO, P.G: “La universalidad del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria en cuestión y el derecho al autogobierno autonómico”...op.cit., pág. 31.

¹⁷ Se modifica el artículo 3 de la Ley 16/ 2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (artículo 1 del RD-ley 16/2012) y, de igual modo, el art. 12 de la LOEXIs (en concreto, la Disposición Final tercera RD-ley 16/2012).

¹⁸ “Se intentaría evitar que determinados ciudadanos comunitarios accedieran a la condición de asegurados, lo que de acuerdo con la normativa europea les otorgaría derechos como el acceso a la tarjeta sanitaria europea o el derecho al reembolso de las prestaciones de asistencia sanitaria disfrutadas en otros estados de la UE. Tal objetivo se alcanzaría mediante la denegación de la condición de asegurado a cualquier persona no autorizada a residir en España (caso de nacionales de terceros Estados) o registrada como residente (caso de ciudadanos de Estados Miembro de la UE y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo). Así, la situación en que quedan los nacionales de terceros Estados afectados por la medida aparece como una especie de “efecto colateral” de la misma, que poco tiene que ver con sus objetivos declarados, si atendemos a las justificaciones proporcionadas por los responsables de su puesta en marcha”. Ver SANGÜESA RUIZ, N: “El derecho a la salud de los extranjeros residentes en situación irregular: sobre la legitimidad constitucional del RD-Ley 16/2012”, *Revista REDUR*, nº 13, 2015, pág 236.

se realizan a un dictamen motivado de la Comisión Europea¹⁹ sobre la emisión de la tarjeta sanitaria europea. Y, de igual modo, tiene mucho que ver el contenido del informe del Tribunal de Cuentas en el que se justifican las medidas adoptadas²⁰.

Entiende una buena parte de la doctrina científica que con esta medida se está vulnerando el derecho a la vida y ello por no mencionar los posibles problemas que sobre la salud pública esta importante limitación puede acarrear en la práctica. Aparte cabe decir que la figura del Real Decreto Ley no es quizás la más adecuada para la regulación de un tema de gran relevancia constitucional y social como es la presente. Y es que, sin lugar a dudas, no concurren los presupuestos habilitantes de “extraordinaria y urgente necesidad” para que, en base a una finalidad económica, se elimine la protección a la salud universal de toda persona haciendo así prevalecer la condición de asegurado por encima del respeto a los derechos fundamentales a la vida, dignidad e integridad física. Pero siendo ello cierto, conviene matizar atenuando esta crítica, que no se debe desconocer que las exclusiones operadas en la legislación precedente de la asistencia sanitaria a varios colectivos de personas suponían un intolerable desconocimiento fragante y de máxima gravedad de que estamos ante un derecho social fundamental de toda persona.

Esta reforma fue objeto de una considerable problemática debido principalmente a su fundamentación económica y excluyente. De ahí que las Comunidades Autónomas fueran adoptando posturas muy diferentes al respecto²¹. Así, por ejemplo, en algunas de ellas el reconocimiento de la asistencia sanitaria fue total al considerar que, con este Real Decreto, se estaba vulneración el derecho a la vida de los extranjeros en situación irregular. Ciertamente se trata éste de un colectivo muy vulnerable y que, ante momentos de recesión económica, precisa de una mayor protección para así no vulnerar sus derechos humanos fundamentales. De este modo, se han llevado a cabo actuaciones a nivel administrativo con el objeto de proporcionar, a todas o algunas de estas personas, atención sanitaria no incluida en el Real Decreto-Ley del año 2012 (a saber: las CCAA de Andalucía, Asturias, Cataluña y País Vasco)²². Por su parte, en otras Comunidades Autónomas se fueron desarrollaron mecanismos legislativos para continuar prestando asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares (es el caso de las CCAA de Castilla y León y Comunidad Valenciana²³. Finalmente, hubo algunas CCAA que, por el contrario, aplicaron estrictamente las previsiones recogidas en este Real Decreto-Ley, excluyendo así a los inmigrantes en situación irregular del derecho a la asistencia sanitaria (se encuentran incluidos en este grupo: Madrid, Castilla-La Mancha, Cantabria, La Rioja, Islas Baleares, Extremadura, Aragón o Murcia)²⁴.

¹⁹ Dictamen motivado de la Comisión Europea 2009/2341 dirigido al Reino de España por su negativa a expedir la tarjeta sanitaria europea a personas residentes en España con derecho a recibir asistencia sanitaria con arreglo a la normativa de algunas comunidades autónomas.

²⁰ Se trata, en concreto, del Informe de fiscalización de la Gestión de las Prestaciones de Asistencia Sanitaria derivadas de la aplicación de los Reglamentos Comunitarios y Convenios Internacionales de la Seguridad Social aprobado por el pleno del Tribunal de Cuentas el 29 de marzo de 2012 (Resolución de 18 de diciembre de 2012, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas en relación con el Informe de fiscalización de la Gestión de las Prestaciones de Asistencia Sanitaria derivadas de la aplicación de los Reglamentos Comunitarios y Convenios Internacionales de la Seguridad Social, publicada en el BOE núm. 72, lunes 25 de marzo de 2013).

²¹ GUINDO MORALES, S: “El Derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares”...op.cit., págs. 232 y 233.

²² Dichas CCAA atribuyen a los inmigrantes irregulares el acceso a las prestaciones sanitarias del servicio de salud autonómico en las mismas condiciones que los ciudadanos de la Comunidad Autónoma. No obstante, las mismas exigían previamente que el inmigrante cumpliera determinados requisitos: carecer de otro sistema de cobertura sanitaria, el empadronamiento por un periodo de tiempo mínimo en un municipio de la Comunidad Autónoma que difiere de unas Comunidades a otras y no superar una cuantía de ingresos determinada.

²³ Se reconoce, por tanto, la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares. Ahora bien, se establece la obligación de facturar los servicios prestados.

²⁴ DELGADO DEL RINCÓN, L.E: “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril”, *Revista REDP*, núm 163, 2014, págs. 220 y ss.

2. La doctrina del Tribunal Constitucional: sentencias 134/2017 y 145/2017

De conformidad con el reparto de competencias que establece la CE, al Estado le corresponde la función de regular la situación jurídico-administrativa de los extranjeros en España (artículo 149.1.2 CE). Dicho en otras palabras, será el Estado quien de acuerdo con lo que dispone la LOEXIs y la Ley General de la Seguridad Social delimite que sujetos tienen derecho y quienes no a la asistencia sanitaria. Por todo ello, el legislador ha limitado el acceso a este derecho humano universal a la condición de asegurado y, en su defecto, a la situación legal y administrativa de los extranjeros.

De acuerdo con la competencia exclusiva que le atribuye el artículo 149.1.16 y 17 CE, le corresponde al Estado fijar las bases y la coordinación general de la sanidad, así como el régimen económico de la Seguridad Social. Sin embargo, al tratarse de una competencia compartida entre Estado y CCAA, podrán éstas desarrollar y ejecutar las condiciones básicas dispuestas por el Estado. Haciendo gala de este título de reparto competencial, las Comunidades Autónomas han ido asumiendo paulatinamente competencias en materia de sanidad, lo que al tiempo ha determinado el surgimiento de un sistema público sanitario poco uniforme en todo el territorio nacional y para los mismos sujetos beneficiarios²⁵. Además, cabe precisar que el Estado —a través de la Ley General de Sanidad y la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud— ya ha establecido una cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud la cual se integra por una serie de derechos sanitarios mínimos para todos aquellos que sean nacionales y extranjeros residentes, siempre y cuando tengan la condición de asegurado. Ello no constituye óbice para que, en lo que respeta a su ámbito propio, las Comunidades Autónomas pueden llevar a cabo la implantación de otro tipo de prestaciones mediante la creación de una cartera de servicios complementaria para todos aquellos que tengan la condición de asegurado o beneficiario, de modo que podrán éstas facilitar el acceso a los extranjeros irregulares en determinados supuestos y con el cumplimiento de ciertas condiciones, a personas de que no ostentaran la condición de asegurado²⁶. De ahí se explica ese panorama tan disperso y conflictivo que se crea con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril.

Ahora bien, la cuestión de la asistencia sanitaria se vuelve aún más peliaguda tras la sentencia del Tribunal Constitucional 134/2017, de 16 de noviembre de 2017 en el conflicto positivo de competencia núm. 4540-2012, interpuesto por el Gobierno, representado por el Abogado del Estado, contra los artículos 1, 2 (apartados segundo y tercero), 3, 4, 5, 6 (apartados primero y segundo), 7 (apartados segundo y tercero) y 8 (apartados primero y segundo) y la Disposición Final primera del 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. Sorprende el retroceso y desnaturalización que del derecho al acceso a la asistencia sanitaria para los inmigrantes irregulares se produce tras esta sentencia²⁷. Y es que el Alto Tribunal nacional falla a favor del Estado al declinarse por estimar parcialmente el conflicto positivo de competencias interpuesto por el gobierno contra el Decreto núm. 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 cual se incluía dentro de su ámbito de protección (artículo 1 y demás preceptos relacionados con el mismo) a “aquellas personas excluidas del ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud por no tener la condición de asegurados ni de beneficiarios del mismo”²⁸.

²⁵ MALDONADO MOLINA, J.A.: “Los niveles del derecho a la protección de la salud: competencias autonómicas en asistencia sanitaria”, en MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M^a. N.: *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, Granada, Comares, 2007, págs. 99 y siguientes.

²⁶ ARZOLA ASTACIO, H. L.: “Derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros”...op.cit., págs. 112, 113 y 114.

²⁷ Cabe citar, a este respecto, la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 139/2016 de 21 de julio de 2016, por su estrecha relación en cuanto a los fundamentos jurídicos constitucionales que se utilizan en la STC de 16 de noviembre de 2017.

²⁸ Esta sentencia cuenta con el voto particular emitido por los magistrados: Fernando Valdés, Juan Antonio Xiol, Cándido Conde-Pumpido, María Luisa Balaguer y Antonio Narváez.

Afirma el Tribunal Constitucional, tras un exhaustivo estudio al título competencial que otorga la Carta Magna en el artículo 149.1 apartado 16 y 17 de la CE²⁹, que “... el artículo 149.1.16 CE prevalece sobre el referido a la materia de Seguridad Social previsto en el artículo 149.1.17 CE”³⁰. Recuerda que el hecho de que “el Real Decreto-ley 16/2012 se haya decantado por configurar un régimen de acceso a la asistencia sanitaria, con cargo a fondos públicos, basado en el principio del aseguramiento no determina que la materia haya de encuadrarse en el título competencial de Seguridad Social”. De igual modo, la doctrina del Tribunal Constitucional viene declarando que “... a pesar de la indiscutible vinculación entre la protección de la salud y el sistema público de Seguridad Social, que dentro de su acción protectora incluye la asistencia sanitaria de sus beneficiarios en los casos de maternidad, enfermedad (común y profesional) y accidente (común y de trabajo), no cabe subsumir la materia aquí cuestionada en el título competencial relativo a ella (artículo 149.1.17 CE)”³¹.

Es la primera vez que el Tribunal Constitucional resuelve de manera directa la cuestión competencial relativa al ámbito subjetivo del Sistema de Salud, pues hasta el momento la doctrina constitucional sólo venía desarrollando la concepción de las bases como un mínimo común uniforme, aunque mejorable por las Comunidades Autónomas³². Sin embargo, el Constitucional no se había pronunciado en cuanto al ámbito subjetivo de quienes podían ser asegurados o beneficiarios. A este respecto, cabe tener presente lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley 16/2003 de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, cuyo artículo 3 es modificado por el RDL del año 2012.

Antes de la reforma del año 2012 se decía que eran titulares de los derechos a la protección de la salud y la asistencia sanitaria “a) Todos los españoles y los extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000. b) Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea que tienen los derechos que resulten del derecho comunitario europeo y de los tratados y convenios que se suscriban por el Estado español y les sean de aplicación. c) Los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea que tienen los derechos que les reconozcan las leyes, los tratados y convenios suscritos”. Sin embargo, el panorama se complica tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 16/2012, ya que ahora se exige que el inmigrante esté en algunas de las siguientes situaciones: afiliado a la Seguridad Social, sea pensionista, perceptor de prestaciones por desempleo o se encuentre inscrito como demandante de empleo, ser familiar de estas personas en los términos del apartado 4, carecer de recursos económicos si no se encuentran en ninguno de los supuestos anteriores o, finalmente, suscribir un convenio especial con la Seguridad Social. La relevancia del cambio se encuentra, más concretamente, en la incorporación a la Ley 16/2003 de un nuevo número 3 ter a la mencionada disposición 3 que se refiere de forma clara y explícita a los extranjeros “no registrados ni autorizados como residentes en España”, a los que sólo se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria cuando se trate “de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación del alta médica”, y también “de asistencia al embarazo, parto y postparto”, salvo que se trate de menores de 18 años y en cuyo caso “recibirán asistencia

²⁹ Cabecitar el estudio exhaustivo que, a este tema, realiza el profesor DURBÁN MARTÍN, I: “La (dudosa) inconstitucionalidad de la sanidad universal valenciana”, en su blog: <http://blogs.infolibre.es/alrevesyalderecho/?p=5185>

³⁰ En el mismo sentido se pronuncia el TC en la sentencia 140/2017, de 30 de noviembre de 2017, de la que fue ponente el magistrado Alfredo Montoya, con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con la Ley Foral 18/2012, de 19 de octubre, sobre la complementación de las prestaciones farmacéuticas en la Comunidad Foral de Navarra (publicada en el suplemento del BOE del 8 de enero).

³¹ Véase las Sentencias del TC 98/2004, de 25 de mayo; 136/2012, de 19 de junio y la 64/2017, de 25 de mayo.

³² La “*ratio decidendi*” de los tres votos particulares a esta sentencia gira en torno al amplio título competencial que interpreta el TC a favor de la legislación básica estatal. A este respecto, los magistrados discrepantes expresan su profundo desacuerdo con la tesis mayoritaria y, de hecho, la comparan con “un muro rígido e infranqueable” que restringe toda capacidad a las Comunidades Autónomas para establecer una normativa propia al respecto. En efecto, critican los tres magistrados que semejante línea interpretativa asentada por el TC equivale a otorgar al Estado la competencia exclusiva en materia de sanidad, lo cual, como resulta obvio, desvirtúa por completo el régimen de distribución competencial previsto en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía.

sanitaria en las mismas condiciones que los españoles”. En otras palabras, el empadronamiento del extranjero irregular no dará derecho a recibir asistencia sanitaria en igualdad de condiciones que el resto de personas, autóctonas o extranjeras residentes, ya que exige además de residir en nuestro país que los extranjeros coticen a la Seguridad Social y paguen impuestos para así tener derecho a la tarjeta sanitaria.

Entiende el Tribunal Constitucional que el artículo 3 de la Ley 16/2003, en la redacción proporcionada por el artículo 1.1 del Real Decreto-Ley 16/2012, aclara que el eje central sobre el que se asienta el derecho a las prestaciones sanitarias viene delimitado por los conceptos nucleares de asegurado y beneficiario. El Real Decreto-Ley 16/2012 ha diseñado un sistema de bases que, en palabras de la sentencia del Tribunal Constitucional 139/2016 de 21 de julio³³: “supone un giro en la anterior política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita o bonificada, a partir de la creación del Sistema Nacional de Salud”, toda vez que los criterios de delimitación de la titularidad del derecho de acceso a las prestaciones sanitarias son diferentes a los que se establecía anteriormente³⁴. Por todo ello, “la normativa básica estatal cierra toda posibilidad a las normas autonómicas de desarrollo para configurar un sistema de acceso a las prestaciones sanitarias que no atienda a los conceptos de asegurado o de beneficiario que han establecido las bases recogidas en el tantas veces citado art. 3 de la Ley 16/2003, a excepción del supuesto residual de la suscripción del convenio especial previsto en el apartado 5 del citado precepto”.

De acuerdo con este criterio doctrinal el artículo 2.2 del Decreto 114/2012, de 26 de junio contradice la normativa básica estatal, toda vez que mientras que la norma vasca reconoce indefinidamente el derecho de acceso a las prestaciones sanitarias, la normativa estatal únicamente lo limita temporalmente hasta el 31 de agosto de 2012, de tal manera que, a partir de esa fecha y conforme a la normativa estatal, tales personas habrían perdido el derecho de acceso a la cobertura sanitaria financiada con fondos públicos. Así pues “conforme al sistema de distribución de competencias anteriormente examinado, el apartado de la norma vasca de referencia resulta, pues, contrario a la normativa básica estatal, que sólo reconoció a estas personas el derecho a la prestación sanitaria durante un período de tiempo muy limitado y no de modo indefinido, resultando, en consecuencia, ambas regulaciones incompatibles, por lo que procede declarar su inconstitucionalidad y nulidad”. De igual modo, también contradice la normativa estatal el apartado 3 del artículo 2 del Decreto 114/2012 en cuanto que “... el establecimiento en la normativa autonómica de un derecho de acceso a las prestaciones sanitarias en las mismas condiciones que los beneficiarios y asegurados supone desconocer la previsión estatal referida, que exige para que se pueda dar tal acceso la existencia de una contraprestación o pago de una cuota derivada de la suscripción de un convenio especial. Se constata así que existe una efectiva e insalvable contradicción entre ambas normas, estatal y autonómica que determina que deba estimarse el conflicto en este punto y declararse, también, la inconstitucionalidad y nulidad del apartado 3 del artículo 2 del Decreto 114/2012, de 26 de junio”³⁵.

³³ Publicada en el BOE núm. 196 de 15 de agosto de 2016.

³⁴ MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G: “La universalidad del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria en cuestión y el derecho al autogobierno autonómico”...op.cit., pág. 37.

³⁵ “Argumenta también que la determinación de los requisitos necesarios que van a posibilitar el acceso a la asistencia sanitaria pública, constituye una parte esencial del derecho a la protección de la salud que no puede ser regulado por decreto-ley. Este aspecto del real decreto-ley incurre en inconstitucionalidad por infracción del ámbito reservado a la ley y por la remisión en blanco a un reglamento para regular aspectos esenciales de un derecho del título I CE. Ambos vicios de inconstitucionalidad se trasladan por conexión al nuevo art. 3 *bis* de la Ley 16/2003 en el que se establece que el reconocimiento y control de la condición de asegurado o de beneficiario, corresponderá al Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, el Instituto Social de la Marina y se hará de forma automática en los supuestos previstos en el apartado 2 del art. 3 de la Ley. Y por conexión también la disposición transitoria primera, con la que solamente se garantiza hasta el 31 de agosto de 2012, la asistencia sanitaria que algunas de las personas afectadas por estas medidas tienen reconocida por la legislación vigente» (Véase apartado D) del punto 2 de la sentencia de 139/2016, de 21 de julio).

En esta misma línea vuelve nuevamente a pronunciarse el Tribunal Constitucional en su sentencia 145/2017, de 14 de diciembre³⁶. En ese caso, el recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto por el Presidente del Gobierno con motivo del Decreto-Ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell de la Generalitat de Valencia, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana. Según el citado Decreto-Ley podrán ser beneficiarias del derecho a la asistencia sanitaria las personas que, no teniendo la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud (de acuerdo, con lo dispuesto en los arts. 2 y 3 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto) reúnan los siguientes requisitos: “. tener la condición de extranjero, mayor de edad, no registrado ni autorizado a residir en España; acreditar que se está empadronado con residencia efectiva en algún municipio de la Comunidad Valenciana un mínimo de tres meses; no tener reconocido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o el Instituto Social de la Marina la condición de asegurado o beneficiario del Sistema Nacional de Salud, ni tener posibilidad de acceso a cobertura sanitaria pública por cualquier otro título y no poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde el país de origen o procedencia; no poder acceder a cobertura sanitaria en el Sistema Nacional de Salud al amparo de los reglamentos comunitarios y convenios internacionales existentes en materia de asistencia sanitaria; y, acreditar, mediante el informe social correspondiente, la imposibilidad de suscripción del convenio especial a que se refiere el Decreto 190/2013, de 20 de diciembre, del Consell. Las personas que accedan al sistema valenciano de salud en las condiciones establecidas en este Decreto-ley tienen acceso a la cartera común básica de servicios, en las mismas condiciones de igualdad efectiva y calidad que el resto de usuarios del Sistema Nacional de Salud” (Artículo 6, de 24 de julio, del Consell de la Generalitat de Valencia).

El Decreto-Ley 3/2015 de la Comunidad Autónoma Valencia extiende y mejora el acceso a las prestaciones sanitarias de las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España, pero que residen efectivamente en la Comunidad Valenciana, aun cuando no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y no puedan exportar el derecho a cobertura sanitaria en el Sistema Nacional de Salud desde sus países de origen, ni exista un tercero obligado a pago. Claramente, esta norma otorga una ampliación de la cobertura sanitaria en el ámbito subjetivo de las prestaciones no contemplada por la normativa estatal, al incluir entre los sujetos que tienen la condición de asegurados a los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, pero no a los que no están registrados ni autorizados como residentes en España. Por todo ello, al no atender al criterio de lo básico establecido en la norma estatal, el Decreto-ley del Consell de la Generalitat Valenciana 3/2015 es declarado, finalmente, por el Tribunal Constitucional como contrario a la Carta Magna al entender que vulnera el artículo 149.1.16 de la CE.

En ambas sentencias cabe lamentar el hecho de que el Tribunal Constitucional haya olvidado aquella doctrina que ya había asumido en su Auto 239/2012, en donde afirmaba que “el derecho a la salud y la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad no podía verse desvirtuado por un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado”³⁷. Esta evidente desnaturalización del derecho a la asistencia sanitaria que se ha asentado por el Constitucional hace tambalear peligrosamente las bases mismas que propugna la Norma Madre, en concreto, el principio de seguridad jurídica y, de otro lado, el derecho a una cuestión social. Arrastrando con ello el respeto a los derechos humanos y fundamentales de toda persona, lo cual coloca al colectivo de inmigrantes irregulares en una situación de absoluta vulnerabilidad. En definitiva, se ha experimentado en esta materia un grave retroceso que quiebra la consecución de una efectiva ciudadanía inclusiva.

³⁶ Recurso de inconstitucionalidad 6022-2015. Interpuesto por el Presidente del Gobierno respecto del Decreto-Ley del Consell de la Generalitat Valenciana 3/2015, de 24 de julio, por el que se regula el acceso universal a la atención sanitaria en la Comunidad Valenciana. Competencias sobre condiciones básicas de igualdad, inmigración y extranjería, sanidad y régimen económico de la Seguridad Social: nulidad de la norma legal autonómica que extiende la cobertura sanitaria a sujetos no incluidos en el Sistema Nacional de Salud (Sentencia del TC 134/2017).

³⁷ Esta sentencia cuenta con los votos particulares discrepantes de tres magistrados: Fernando Valdés, Adela Asua y Juan Antonio Xiol.