

“DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS”

“RIGHT TO HEALTH CARE FOR FOREIGNERS”

D. Héctor Luis Arzola Astacio

Graduado en Derecho en la Universidad de Burgos.

Trabajo Fin de Grado. Calificación: 9,5.

RESUMEN

El Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, ha modificado la legislación en materia de sanidad y extranjería. Los extranjeros irregulares no podrán ser titulares del derecho a la protección de la salud. Se establece la condición de asegurado para poder optar al derecho de protección a la salud. Reacción de las Comunidades Autónomas ante la reforma introducida. La jurisprudencia constitucional establece una clasificación tripartita de los derechos de los extranjeros. La conexión del derecho a la protección de la salud con derechos fundamentales. La privación a los extranjeros en situación irregular de las prestaciones podría ocasionar la aparición de problemas de salud pública, ante el riesgo de que un sector de la población enferma del país no disponga de atención médica. Las Comunidades Autónomas que no aplican el Real Decreto-Ley 16/2012 y adoptan su propio sistema sanitario beneficiando en la medida de lo posible la



asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, atribuyendo 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.

Palabras clave: extranjeros en situación irregular, derechos de los extranjeros, condición de asegurado o beneficiario, protección a la salud, asistencia sanitaria, derecho a la vida e integridad física.

ABSTRACT

Decree-Law 16/2012 of 20 April has amended the legislation on health and immigration. Irregular foreigners may not hold the right to health protection. The insured status is set to be eligible for the right to health protection. Reaction of the Autonomous Communities to the introduced reform. The constitutional jurisprudence establishes a tripartite classification of rights of foreigners. The connection of the right to health protection of fundamental rights. Depriving foreigners in an irregular situation of benefits could lead to the appearance of public health problems, given the risk that a sector of the sick population of the country does not have medical attention. Autonomous Communities that do not apply Royal Decree-Law 16/2012 and adopt their own health system benefiting as much as possible health care for irregular immigrants, attributing to irregular immigrants access to health services of the autonomous health service in the same conditions as the citizens of the Autonomous Community.

Keywords: illegal migrants, rights of foreigners, insured or beneficiary status, health protection, health care, the right to life and physical integrity.

SUMARIO:

- I. INTRODUCCIÓN, OBJETIVO Y METODOLOGÍA
- II. CONTENIDO
 - 2.1. EVOLUCIÓN NORMATIVA Y REGULACIÓN ACTUAL
 - 2.1.1. ESTATAL
 - 2.1.2. AUTONÓMICA
 - 2.2. ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LOS EXTRANJEROS
 - 2.3. APROXIMACIÓN A LA NATURALEZA CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN A LA SALUD
 - 2.4. ANÁLISIS DE LA ASISTENCIA SANITARIA A LOS EXTRANJEROS NO COMUNITARIOS DESDE LA ÓPTICA CONSTITUCIONAL
- III. CONCLUSIONES
- BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN, OBJETIVO Y METODOLOGÍA

Mediante el presente trabajo se analizará la regulación actual del derecho de la protección de la salud en relación con la asistencia sanitaria a los extranjeros no comunitarios, centrándonos principalmente en su dimensión constitucional como principio rector de la política social y económica, explicando los motivos por los cuales debería reconocerse su carácter cuasi-fundamental por su conexión al derecho de la vida e integridad física y por lo tanto concederle una protección más reforzada, no quedando por lo tanto en manos del legislador ordinario el cual tiene cierta permisividad.



Para ello acudiremos a las últimas reformas normativas, en las que aprecio un abandono de una conquista social arraigada desde hace años en nuestro sistema sanitario como principio-régimen universalista de la atención médica y prestaciones sanitarias, circunstancia que hoy día no se reconoce en el ámbito estatal debido a la reforma del sistema sanitario de 2012.

Esta reforma ha sido objeto de una considerable problemática debido principalmente a su fundamentación económica y excluyente. Las Comunidades Autónomas han adoptado diferentes posturas, negando algunas de ellas su reconocimiento total debido a que consideran que es una vulneración al derecho a la vida, que afecta directamente a aquellos que peor lo están pasando debido a la crisis económica y que es precisamente el colectivo de extranjeros en situación irregular.

No es posible dejar de lado el análisis comparativo del "antes y después" de esta reforma. Con anterioridad a esta reforma, todos los extranjeros que acreditasen su empadronamiento en algún municipio podían ser beneficiarios del sistema sanitario aun estando en situación irregular, constituyendo un régimen sanitario de carácter universal, reconocido por numerosos tratados y convenios internacionales ratificados por España, que respetaba la dignidad de las personas como tal.

Con la nueva reforma se ha dado un giro de ciento ochenta grados, eliminando tajantemente este requisito, prevaleciendo ahora la condición de asegurado o beneficiario de la Seguridad Social para la prestación de los servicios sanitarios, o dicho de otra forma, se retorna a los orígenes de nuestro sistema

nacional de salud el cual se basaba en las cotizaciones que se percibía en la Seguridad Social.

La figura del Real Decreto Ley no es la más adecuada para la regulación de un derecho de tanta relevancia constitucional y social, no concurriendo los presupuestos habilitantes para su ejercicio "en caso de extraordinaria y urgente necesidad", debido a que la eliminación del derecho a la protección de la salud de titularidad universal que afectan a derechos como la vida e integridad física no comprende una extraordinaria y urgente necesidad.

El estudio del carácter constitucional o inconstitucional de las medidas adoptadas ha sido objeto de análisis jurisprudencial debido a que varias Comunidades Autónomas interpusieron recursos de inconstitucionalidad, de manera casi inmediata a la publicación de estas medidas, con apoyo en la vulneración del artículo 43 CE. En este sentido nos centraremos principalmente en los Autos del Tribunal Constitucional que acordaron el levantamiento de la suspensión de determinados preceptos que afectaban a la titularidad del derecho a la salud, en su dimensión subjetiva, reconociendo en estas comunidades forales la prestación de servicios sanitarios a inmigrantes irregulares.

El presente estudio pretende hacer una valoración crítica y objetiva de la reforma introducida en 2012, apoyándonos en jurisprudencia constitucional, la cual permite al legislador cierta libertad para imponer las condiciones de ejercicio de este derecho, libertad fundamentada por su carácter prestacional-legal.

En cuanto a la doctrina, expertos, autores en esta materia, cuya obra se ha analizado, coinciden en que



ha sido un retroceso social a nuestro sistema sanitario, imponiéndose un carácter no universalista que venía primando en la última década. Estableciendo que el interés económico no es suficiente para la vulneración de un derecho conectado, vinculado otros de carácter fundamental.

De este modo, se ha abordado la normativa y la doctrina, tanto jurisprudencial como académica, a fin de realizar un enfoque que ha intentado ser crítico sin perjuicio de riguroso en el análisis.

II. CONTENIDO

2.1. EVOLUCIÓN NORMATIVA Y REGULACIÓN ACTUAL

El objeto de este apartado es analizar la evolución de la normativa que afecta a la asistencia sanitaria a los extranjeros y su regulación actual como punto de partida para el estudio de la problemática generada desde el punto de vista constitucional. Para ello se abordan separadamente la normativa estatal y la autonómica.

2.1.1. Estatal

En el Estado español se implantó el seguro obligatorio de enfermedad por Ley de 14 de diciembre de 1942 a través del Instituto Nacional de Previsión, que tenía como finalidad proteger a los trabajadores con menos recursos, cuyas rentas de trabajo por todos los conceptos no excedieran de los límites reglamentariamente fijados. Estos trabajadores eran denominados “productores económicamente débiles”.

Los trabajadores extranjeros con recursos insuficientes quedaban equiparados a los ciudadanos españoles, pero sólo en el caso de los hispanoamericanos, portugueses y andorranos. Para "los demás extranjeros que trabajen en España" únicamente se preveía el derecho a los beneficios de esta ley "en caso de reciprocidad pactada en Tratados o Convenios internacionales".

El seguro obligatorio no se fundaba en la asistencia sanitaria universal, sino que tuvo su inspiración en el modelo alemán implantado por O. Von Bismarck, vinculado a las cotizaciones que aportaban los trabajadores.

A partir de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, así como el texto articulado de la misma aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril, se realizó una ampliación de la cobertura a los trabajadores por cuenta ajena. Respecto de los extranjeros beneficiarios, se equipararon a los ciudadanos españoles los "hispanoamericanos, los andorranos, filipinos, portugueses y brasileños que residan en territorio español".

El reconocimiento en la Constitución Española de 1978 (CE en adelante) del derecho a la protección de la salud (artículo 43) posibilitó la universalización del sistema y su diferenciación de la Seguridad Social (artículo 41). En este contexto la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, introdujo las bases tendentes a establecer un sistema fundado en la universalización de las prestaciones sanitarias, en las que el Estado autonómico se convierte en el motor que lo impulsa.



Fue a través de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado 1989, que se estableció un punto de inflexión respecto de la financiación de la asistencia sanitaria, pasando a ser mayoritaria la aportación del Estado a través de los Presupuestos Generales en vez de las cotizaciones de la Seguridad Social.

Llegamos así a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx en adelante), la cual, al regular la prestación de asistencia sanitaria a aquellos extranjeros que se encontrasen en España, independientemente de su situación legal o administrativa, fijó como requisito el de su empadronamiento en el municipio donde tuvieran su residencia habitual.

La LOEx es la norma encargada de establecer el tratamiento y estatus jurídico de los extranjeros que se encuentren en España. En su artículo 12 reconocía el derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros que se encontrasen en España en las mismas condiciones que los españoles, con independencia de su situación legal o administrativa, siempre que estuviesen inscritos en el Padrón del municipio donde tuvieran su domicilio habitual. Bastaba con la residencia efectiva en un municipio para atribuir el derecho a la protección de la salud a los extranjeros. De esta forma podían disfrutar de este derecho tanto aquellos extranjeros que tuvieran una autorización de residencia como aquellos que no la tuvieran pero estaban empadronados en un municipio. En cuanto a aquellas personas que no se encontrasen en ninguna de estas categorías, es decir, a los extranjeros no empadronados, los que no tuvieran una residencia efectiva en un municipio solo podían acceder

a la asistencia sanitaria a través del servicio de urgencias en casos de enfermedad grave o accidente.

Este criterio era el que se había ido imponiendo durante los últimos años hasta la llegada 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 que modifica en su Disposición final tercera el artículo 12.1 LOEx, estableciendo lo siguiente: "los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria". La remisión que hace este Real Decreto-Ley a la hora de regular la asistencia sanitaria de los extranjeros se refiere fundamentalmente a dos leyes que son las encargadas de regular la asistencia sanitaria estatal.

La primera de ellas es la Ley 14/1986, de 25 de Abril, General de Sanidad, que en su artículo 1.2 establece que "son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional". A continuación, en el apartado tercero del mismo precepto, establece que las leyes y los convenios internacionales serán los encargados de garantizar este derecho en la forma que prevean.

La segunda de ellas, es la Ley 16/2003, de 28 de Mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, que prevé en su artículo 3.1 que "la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado". Con este artículo se quiere llevar a cabo una interpretación restrictiva del titular del derecho a la asistencia



sanitaria, ya que vendrá condicionado por el elemento de "asegurado". No bastará entonces con tener la condición de ciudadano o persona, con ser nacional o extranjero, sino que se debe acreditar la condición de asegurado.

De esta forma se vincula el derecho a la asistencia sanitaria pública con el sistema contributivo de la Seguridad Social, es decir, se vuelve a un modelo de cobertura sanitaria vinculado a la cotización de cuotas por los trabajadores, pues solamente estos y sus beneficiarios pueden acceder a la condición de «asegurados» y, por ende, a las prestaciones sanitarias públicas.

El apartado segundo del artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, concreta las personas que pueden ostentar la condición de asegurado: "a) los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliados a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta; b) los pensionistas del sistema de la Seguridad Social; c) los perceptores de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo; d) los que después de haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo, figuren como inscritos en la oficina correspondiente como demandantes de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título y residan en España".

Esta regulación de las personas que pueden poseer la condición de asegurado excluía del derecho a la sanidad pública a ciertos colectivos de ciudadanos nacionales, como los mayores de 26 años que no hubiesen accedido todavía a su primer empleo. Esta situación se corrigió con el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, que se dictó en desarrollo del Real Decreto-Ley

16/2012. De este modo, además ostentan la condición de asegurado las personas que no tengan “ingresos superiores en cómputo anual a cien mil euros ni cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía», siempre que «se encuentren en alguno de los siguientes supuestos: 1.º Tener nacionalidad española y residir en territorio español. 2.º Ser nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza y estar inscritos en el Registro Central de Extranjeros. 3.º Ser nacionales de un país distinto de los mencionados en los apartados anteriores, o apátridas, y titulares de una autorización para residir en territorio español, mientras ésta se mantenga vigente en los términos previstos en su normativa específica” .

En definitiva este Real Decreto 1192/2012 constituye una excepción a la vinculación directa del sistema sanitario con la condición de cotizante-asegurado, posibilitando el acceso a la sanidad pública a quienes no sean trabajadores en activo y no superen un nivel elevado de ingresos anuales.

En cuanto al reconocimiento y control de la condición de asegurado, se atribuye al Instituto Nacional de la Seguridad Social, estableciéndose los requisitos y documentos que han de presentarse para obtener dicha condición. Una vez alcanzada la condición de asegurado garantizada por este organismo estatal, corresponde a las Administraciones autonómicas sanitarias hacer efectivo el derecho a la asistencia sanitaria y facilitar el acceso de los ciudadanos a sus prestaciones mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual (artículo 3 bis de la Ley 16/2003) .

El artículo tercero de la Ley 16/2003, contiene una disposición destinada, entre otros, a los extranjeros. En



él se establece que los extranjeros residentes, si no cumplen alguno de los supuestos mencionados en el apartado segundo, podrán ostentar la condición de asegurado, siempre que acrediten que no superen el límite de ingresos determinado reglamentariamente.

Para que los extranjeros puedan recibir asistencia sanitaria pública en nuestro país y ser titulares de este derecho en las mismas condiciones que los españoles, han de ser residentes y tener la condición de asegurado, según los supuestos previstos en el artículo 3.2 de la Ley 16/2003. En el caso de que no concurra alguno de los supuestos del precepto indicado, es preciso que acrediten que su nivel de ingresos no supera anualmente la cuantía de cien mil euros y que, además, no tienen cubierta de forma obligatoria la asistencia sanitaria por otra vía.

Además existen supuestos especiales en los cuales gozaran de asistencia sanitaria en España, con autorización de permanencia o estancia, aunque no tengan la condición de asegurados "las personas solicitantes de protección internacional cuya permanencia en España haya sido autorizada por este motivo y de las víctimas de trata de seres humanos cuya estancia temporal en España haya sido autorizada durante el período de restablecimiento y reflexión"

Los extranjeros que se encuentren en situación irregular, aunque se hallen inscritos en el Padrón municipal, ya no pueden ser titulares del derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles o los extranjeros residentes, salvo en los casos especiales del artículo 3 ter de la Ley 16/2003, añadido por el Real Decreto-Ley 16/2012. El citado artículo ha establecido dos supuestos excepcionales determinando lo siguiente "los extranjeros no

registrados ni autorizados como residentes en España recibirán asistencia sanitaria» en los casos «de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica» y en los casos «de asistencia al embarazo, parto y postparto” y “En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles”.

La Ley 16/2003 dispone como medio subsidiario la aplicación de un convenio especial por el que podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria a cambio del pago de una cuota, aquellas personas que no tienen la condición de “asegurado” y no tienen acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título . Esta es una medida que se establece atendiendo principalmente a los extranjeros irregulares. En virtud de ello, mediante el Real Decreto 576/2013 de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y se modifica el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, concretando, se disponen los requisitos básicos del convenio especial de prestación sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud.

El requisito básico atiende a que han de ser personas que residan en España y que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud. La norma en su artículo 3 exige además la observancia de los siguientes requisitos: 1º “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". A priori la residencia efectiva podrá probarse mediante el correspondiente permiso de residencia o en su caso si así lo estima el funcionario competente mediante el certificado de empadronamiento. 2º "Estar empadronadas, 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". 3º "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.

En definitiva, es posible decir que pueden suscribir este tipo de convenio especial los españoles que nunca hayan trabajado y que tengan ingresos superiores a los cien mil euros al año. También los europeos y los nacionales de terceros países que durante su estancia regular o irregular en España voluntariamente quieran suscribir el convenio para ser atendidos por el sistema sanitario público español, siempre que acrediten la residencia efectiva y continuada en España durante un año y estén empadronados en un municipio español. El Instituto Nacional de Gestión Sanitaria o la Administración pública autonómica que corresponda son los encargados de formalizar el convenio especial.

El convenio especial de prestación de asistencia sanitaria conlleva para todas aquellas personas que lo suscriban el acceso "a las prestaciones de la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema

Nacional de Salud regulada en el art. 8 bis de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud". El contenido de esta cartera común básica, atendiendo al artículo 2.2 de la Ley, consiste en "actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o socio sanitarios, así como el transporte sanitario urgente". A su vez, el artículo 8 ter de la Ley 16/2003 excluye el acceso a las prestaciones de la cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud, esto es, "la prestación farmacéutica, la prestación ortoprotésica y el transporte sanitario no urgente, debiendo por tanto abonar la totalidad del coste de dichas prestaciones ya que no están cubiertas por el convenio especial".

Supuesto especial es el contenido en el art. 8 quáter de la citada Ley debido a que no cubre las actividades, servicios o técnicas de apoyo a la mejora de una patología de carácter crónico, pero, con carácter básico, el artículo 8 quinquies establece que "las Comunidades Autónomas podrán facilitar las prestaciones asistenciales propias de su cartera de servicios complementaria, distintas a las incluidas en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, siempre que la Comunidad Autónoma las haya incorporado en el convenio especial". De este modo, por lo tanto, las Comunidades Autónomas pueden incluir en su cartera de servicios aquellas prestaciones que no cubre la cartera común del sistema sanitario estatal.

La contraprestación económica mínima que ha de abonar la persona que suscriba el convenio especial es de 60 euros de cuota mensual, cuando el suscriptor tiene menos de 65 años, y de 157 euros, si el suscriptor tiene 65 o más años.



La atención sanitaria a los extranjeros irregulares mayores de edad, con carácter público y gratuito se limita exclusivamente a los casos de urgencia por enfermedad grave o accidente y hasta que reciban el alta médica de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto-Ley 16/2012.

2.1.2 Autonómica

Corresponde al Estado la función de regular la situación jurídico-administrativa de los extranjeros en España, con apoyo en la competencia exclusiva del artículo 149.1.2 CE en materia de extranjería e inmigración. El Estado ha delimitado la titularidad de determinados derechos condicionándolos a la situación legal y administrativa de los extranjeros, para a continuación, cumplidos todos los requisitos exigidos, tener finalmente acceso al derecho a la salud.

A ello se suma que el Estado, de acuerdo con la competencia exclusiva que le atribuye el artículo 149.1.16 y 17 CE, esto es, fijar las bases y la coordinación general de la sanidad, así como el régimen económico de la Seguridad Social, ha dispuesto que para acceder a las prestaciones y servicios sanitarios, con cargo a fondos públicos, además de la condición de nacionales y extranjeros residentes, es necesaria la condición de asegurado.

La sanidad es una materia de titularidad compartida, ya que al Estado le corresponde a establecer las bases o las condiciones básicas, que han de ser comunes para todas las Comunidades Autónomas, y a las Comunidades Autónomas el desarrollo y ejecución de las bases o condiciones básicas fijadas por el Estado.

De acuerdo con su capacidad de autogobierno y autonomía financiera, pueden adaptarlas a sus circunstancias particulares.

Las Comunidades Autónomas han ido asumiendo competencias en materia de sanidad, dando lugar a la inexistencia de un sistema público sanitario uniforme para todo el territorio nacional. Se da así el caso de que hay Comunidades Autónomas que en sus respectivos Estatutos de Autonomía proclaman el carácter universal de la asistencia sanitaria. Ello permite presenciar auténticas paradojas, tales como que con arreglo a la normativa estatal una persona extranjera en situación irregular no pueda acceder a los servicios sanitarios públicos en igualdad de condiciones que un ciudadano español, pero, en cambio, si tuviese fijada su residencia en alguna de esas Comunidades Autónomas, sí tendría derecho a acceder a todos los servicios sanitarios, y por ende, a que se le hiciese entrega de una tarjeta sanitaria individual.

Además, como se apuntó, el Estado, mediante la Ley General de Sanidad y la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, ha establecido una cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud y sus beneficiarios. Esta cartera común está integrada por una serie de derechos sanitarios mínimos para todos aquellos que sean nacionales y extranjeros residentes, siempre y cuando tengan la condición de asegurado. No obstante, 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. En definitiva, se podrá 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 asegurado.

Las Comunidades Autónomas han reaccionado de forma diversa a la hora de aplicar y desarrollar el RDL 16/2012, con cierta tendencia a que no haya uniformidad total en el ámbito sanitario y se vaya creando por así decirlo, en términos de derecho internacional, la figura del fórum shopping, extrapolado al ámbito estrictamente nacional, es decir, con arreglo a la normativa estatal una persona extranjera en situación irregular no pueda acceder a los servicios sanitarios públicos en igualdad de condiciones que un ciudadano español, pero, en cambio, si tuviese fijada su residencia en alguna de esas Comunidades Autónomas, sí tendría derecho a acceder a todos los servicios sanitarios, y por ende, a que se le hiciese entrega de una tarjeta sanitaria individual.

Nos encontramos en primer lugar con Comunidades como las de Madrid, Castilla-La Mancha, Cantabria, La Rioja, Islas Baleares, Extremadura, Aragón o Murcia, en las que el Gobierno autonómico ha aplicado el Real Decreto-Ley 16/2012, negando la tarjeta y la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, salvo en los supuestos contemplados en el propio Real Decreto-ley: atención en urgencias, mujeres embarazadas y menores de edad.

En segundo lugar están las Comunidades Autónomas que anunciaron desde el principio la voluntad de no aplicar el Real Decreto-Ley 16/2012 y de este modo facilitar la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares. Integran este grupo Andalucía, Asturias, Cataluña y País Vasco. Se atribuye 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. Previamente se exige el cumplimiento de 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.

Por ultimo nos encontramos con Comunidades Autónomas que han desarrollado otros mecanismos para continuar prestando asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares. En Castilla y León y Comunidad Valenciana por ejemplo, se reconoce la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, teniendo como obligación facturar los servicios prestados.

Comunidades Autónomas como Galicia, Navarra y Canarias han elaborado una serie de procedimientos para el registro y para la obtención de un documento que acredite a los inmigrantes irregulares como usuarios del servicio de salud autonómico. Se exigen los requisitos ya contemplados anteriormente: empadronamiento por un periodo mínimo en un municipio de la Comunidad Autónoma, no superar una cuantía de ingresos determinada o el carecer de otro sistema de cobertura sanitaria.

2.2 ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LOS EXTRANJEROS.

El artículo 13.1 CE, establece los términos fundamentales del estatus constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros: "Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los



términos que establezcan los tratados y la ley". El TC ha desarrollado en su jurisprudencia la interpretación de este artículo, de acuerdo con la cual propone una clasificación tripartita de los derechos de los extranjeros. En virtud de esta clasificación, la libertad del legislador para regular la posición jurídica de los extranjeros respecto a cada uno de los derechos del Título I estaría modulada por tres parámetros básicos: el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad humana (artículo 10.1 CE), el hecho de que la Constitución reconozca determinados derechos a los extranjeros y, en todo caso, el contenido delimitado para el derecho según los tratados y acuerdos de derechos humanos ratificados por España (artículo 10.2 CE).

A modo de síntesis, tal margen variable de libertad del legislador en la regulación de la titularidad y ejercicio de cada derecho se estructuraría, según la STC 236/2007, de 7 de noviembre, a través de las siguientes categorías. En primer lugar, se situarían aquellos derechos fundamentales que corresponden a los extranjeros en condiciones plenamente equiparables a los españoles, al ser imprescindibles para la garantía de la dignidad humana como fundamento del orden político español. Entre ellos se ubican el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y moral, el derecho a la intimidad, a la libertad ideológica, así como el derecho a la asistencia jurídica gratuita y también el derecho a la educación, por su relación con el pleno y libre desarrollo de la personalidad.

La segunda categoría abarcaría los derechos que la Constitución reconoce a los extranjeros, utilizando expresiones que engloban a todos, o bien a través de fórmulas impersonales (entre ellos se sitúan los derechos fundamentales de reunión y de asociación).

En consecuencia, deberán ser reconocidos a todos los extranjeros, con independencia de que sean o no residentes legales. En estos casos, reconoce el Tribunal, el legislador puede establecer “condicionamientos adicionales” respecto a su ejercicio, “si bien ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales”.

Finalmente, el Tribunal identifica una tercera categoría de derechos, cuya titularidad corresponderá a los extranjeros en la medida en que así lo reconozcan los tratados y las leyes. Es decir, se trata de aquellos derechos que la Constitución no atribuye directamente a los extranjeros, pero que el legislador puede extender a los no-nacionales “aunque no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles”. En particular, “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”. Este sería el régimen jurídico de derechos tales como el derecho a la salud, el derecho al trabajo o el derecho a percibir una prestación por desempleo. Con respecto al derecho a la protección sanitaria, hay que subrayar que en la STC 95/2000, de 10 de abril, se debatió si la demandante cumplía la condición de residencia en España exigida a los extranjeros por el artículo 1.2 de la Ley General de Sanidad para poder acceder a este derecho, aunque, como indica el Tribunal, no se discutió la constitucionalidad de tal requisito.

Hay que destacar que la autorización al legislador a establecer “restricciones y limitaciones” en el ejercicio de estos derechos no es incondicionada, debido a que no podrá afectar a aquellos derechos que “son



imprescindibles para la garantía de la dignidad de la humana” que, conforme al artículo 10.1 CE, constituye uno de los fundamentos del orden político español, ni “adicionalmente, al contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los tratados internacionales suscritos por España”. En particular, el Tribunal Constitucional indica que las condiciones de ejercicio que el legislador establezca respecto de los derechos de los extranjeros “sólo serán constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida”.

La LOEx define el concepto de extranjería, en su art. 1.1, disponiendo lo siguiente: “Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española”. Por tanto, se trata de una delimitación negativa del término extranjero.

De este modo podemos llegar a la conclusión que no corresponden a los extranjeros los derechos recogidos en el artículo 23 CE, con la salvedad que contiene en el artículo 13.2 CE. Por otro lado, existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y la regulación legal ha de ser igual para ambos. Por último y como punto más relevante, existen derechos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.

Si se aceptase esta tesis, los derechos contenidos en este último grupo no podrían formar parte de una “división de derechos fundamentales”, pues se trataría de derechos de origen legal. Aun cuando una vez

reconocidos legalmente se integrasen en el sistema de garantías constitucionales, nunca podría ser fundamental un derecho legalmente disponible.

Cabe hacer algunas consideraciones a la afirmación del TC de que los derechos fundamentales de los extranjeros son todos, sin excepción, derechos de configuración legal. La doctrina ha sostenido que al legislador le corresponde un papel esencial en el establecimiento del régimen jurídico de los derechos fundamentales de los extranjeros. En este sentido nos estamos refiriendo a la existencia de una "doble vida" de los derechos fundamentales, "creados por la constitución pero ordenados también por la ley".

Aun cuando los derechos de los extranjeros en España sean de configuración legal, ello no significa en absoluto que su determinación y alcance se dejen libremente en manos del legislador. Cabe hacer un análisis más profundo de la expresión "derechos de configuración legal". La remisión del artículo 13.1 CE a la ley y a los tratados no implica una desconstitucionalización de los derechos de los extranjeros. Estos derechos continúan siendo derechos constitucionales, pese a que desde el punto de vista de su contenido se trata de "derechos de configuración legal". No deja de ser una contradicción lógica, hablar de la necesidad de una configuración legal de los derechos fundamentales de los extranjeros, cuando, precisamente, la mayor virtualidad de éstos es constituir un límite a los poderes públicos y, singularmente, al legislador.

Por otra parte decir que ningún derecho fundamental puede ser de total configuración legal, pues aunque la intervención del legislador es necesaria para que el contenido del derecho quede "configurado", el



legislador tendrá que respetar un contenido mínimo que nuestra norma fundamental ha consagrado. Además, la función que tiene encomendada el legislador de configurar legalmente derechos como la protección de la salud que tiene reconocimiento constitucional tiene que estar sometida al principio de proporcionalidad. El legislador en cada caso concreto tiene que ponderar la proporcionalidad de sus medidas, en relación al tipo de derecho a regular, sin perjuicio del margen que dispone para la definición o determinación del contenido de todos los derechos fundamentales de los no nacionales. La necesidad de su desarrollo legal radica en que los derechos de configuración legal, adolecen de un alto grado de indeterminación en sede constitucional.

2.3. APROXIMACIÓN A LA NATURALEZA CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN A LA SALUD

La protección de la salud es uno de los principios fundamentales reconocidos en cualquier Estado moderno como un derecho de todo ciudadano a que se le reconozca un mínimo de prestaciones sanitarias conformes a la dignidad humana y al desarrollo social y económico de cada Estado. Los extranjeros se encontrarán dentro de este concepto de ciudadano en los términos reconocidos por los Tratados internacionales y las normas internas.

Asimismo el derecho a la protección de la salud de los extranjeros, viene protegido en numerosos instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos del Hombre; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Carta Social Europea; y, el Convenio N^o

97 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) que España ha ratificado, "a raíz del cual todos los trabajadores inmigrantes, con independencia de su nacionalidad, quedaron equiparados a los españoles en términos absolutos, con las únicas excepciones de la gente del mar, los autónomos, los fronterizos y los artistas liberales en breve estancia".

En el caso español se halla contemplado en el artículo 43 CE, en el marco de los principios rectores de la política social y económica. El artículo 43.2 CE dispone que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas, prestaciones y servicios necesarios. La Constitución reconoce así la salud como un bien jurídico digno de tutela por el ordenamiento, tanto desde una perspectiva individual (derecho a la protección de la salud), como colectiva (protección de la salud pública). Cabe decir también que el objeto de atención de los poderes públicos es la llamada "salud integral". Esta comprende los aspectos de integridad física y plenitud funcional del individuo, la salud psíquica y la salud social. La sanidad integral se compone de un conjunto de medidas que se ocupan de todos los aspectos comprendidos en el amplio concepto de salud.

El legislador ordinario ha configurado este derecho como un derecho social que requiere una actuación de los poderes públicos para hacerlo efectivo. Nuestro sistema jurídico-sanitario está integrado por una serie de servicios públicos orientados a la promoción de la salud, a la adecuada educación sanitaria de la población, a la prevención de las enfermedades, a la garantía de una asistencia sanitaria y a la promoción de las acciones necesarias para la rehabilitación funcional y reinserción social del paciente. La Constitución no regula el derecho a la salud en sí mismo, sino el



derecho a que los poderes públicos, con el objeto de protegerla, adopten las medidas oportunas para eliminar las deficiencias en la salud, prevenir enfermedades, curarlas, en su caso, y fomentar la educación en esta materia.

Hay otros preceptos constitucionales que guardan relación con el derecho a la protección a la salud en sentido amplio.

El primero de todos, que presenta características propias diferenciadas del resto, es el art. 15 CE, que dice que "todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes".

El artículo 49 CE, por su parte, dice que "los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran...".

Los problemas específicos de salud de los ciudadanos de la tercera edad se refiere el art. 50 CE: "los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio".

Otra mención a la salud la encontramos en el art. 51.1 CE, esta vez referida a los consumidores y usuarios: "los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante

procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

Así pues, el derecho a la protección de la salud previsto en el artículo 43 CE, aparece como principio rector, siendo la cuestión discutida su posible dimensión fundamental y teniendo reflejo en otros múltiples preceptos constitucionales.

Nuestra Constitución viene a distinguir tres niveles de protección de los derechos constitucionales que quedan diseñados básicamente en el artículo 53 CE. Con el nivel más amplio e intenso de protección, que conlleva reserva de ley orgánica, protección del contenido esencial frente al legislador, amparo judicial y amparo ante el Tribunal Constitucional, encontramos los derechos reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución más la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30. Con un nivel medio de protección encontramos los derechos reconocidos en el resto del Capítulo II (artículos. 31 a 38): reserva de ley y garantía del contenido esencial del derecho incluso frente al legislador. Con el nivel mínimo de protección encontramos los que la Constitución ni siquiera titula derechos: los llamados principios rectores de la política social y económica (artículos. 39 a 52), entre los que se encuentran el precepto dedicado a la protección de la salud y la mayor parte de los conectados con él, con la excepción del artículo 15 CE .

El alcance de estos principios rectores viene regulado por la propia Constitución, en el artículo 53.3 CE, precepto con dos incisos, el primero de los cuales dice que “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”. Por su parte el segundo inciso



dice que “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

Esta naturaleza del derecho a la protección de la salud como un principio rector no significa, sin embargo, que nos encontremos ante una mera norma programática sin valor alguno pues, 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.

Además, por su vinculación con él el derecho a la protección de la salud se presenta como un derecho “materialmente” fundamental por lo que tiene que ver con la relevancia de su contenido y por su estrecha relación con la dignidad de la persona reconocida en el art. 10 CE . De manera que alguien a quien no alcanzara una protección de su salud en grado suficiente debería considerarse como tratado indignamente y obstaculizado gravemente en su desarrollo como persona.

En definitiva, el derecho a la salud presenta la particularidad de que no forma parte del elenco de derechos fundamentales, estamos ante un derecho de carácter prestacional que tiene una evidente conexión con el derecho fundamental a la vida e integridad física de las personas del artículo 15 CE. Esto es así porque pone en grave peligro la salud de las personas al no concederles la atención sanitaria requerida, por lo tanto estaríamos lesionando bienes jurídicos como la vida e integridad física. Además hay que hacer reseña de las

posibles y probables enfermedades que pueden adquirir estas personas debido a la no asistencia sanitaria provocando en el resto de la sociedad el mismo efecto mediante su contagio, es decir, estaríamos atentando contra la salud pública nacional.

2.4 ANÁLISIS DE LA ASISTENCIA SANITARIA A LOS EXTRANJEROS NO COMUNITARIOS DESDE LA ÓPTICA CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en su sentencia 236/2007, ha avalado la constitucionalidad de la restricción de la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares, restricción introducida por motivos económicos por el Real Decreto-Ley 16/2012. Para declarar la constitucionalidad de las medidas llevadas a cabo se ha basado en una serie de argumentos.

El primero de ellos consiste en que el derecho a la salud reconocido en el artículo 43 CE es un principio rector de la política social y económica y por lo tanto son los poderes públicos los que organizan y tutelan el sistema de salud pública mediante las medidas, prestaciones y servicios necesarios.

En segundo lugar se trata de un derecho prestacional y de configuración legal, es decir, el contenido y las condiciones de ejercicio corresponde delimitarlas al legislador, teniendo en cuenta los intereses públicos y la disponibilidad presupuestaria. Es de destacar lo dicho en el ATC 96/2011, de 21 de junio: "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". Debido a la situación económica tan complicada que está padeciendo España todas estas medidas se encuentran totalmente justificadas teniendo como eje sustancial la sostenibilidad del sistema sanitario.

El tercer argumento consiste en la libertad que tiene el legislador para la configuración de este derecho. Así, en su STC 236/2007 ha señalado que "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". Este requisito de autorización de estancia o residencia es el determinante ya que el legislador lo ha establecido como presupuesto habilitante a la hora de la prestación de la asistencia sanitaria, introduciendo esta y otras medidas de carácter restrictivo mediante el Real Decreto 16/2012, haciendo que los extranjeros en situación irregular no gozaran del derecho a la salud en su plenitud, sino solo en casos de urgencia o enfermedad grave, lo cual es objeto de debate de este estudio.

Y por último el Tribunal, atendiendo a la STC 95/2000, de 10 de abril, hace referencia a que "el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria estará condicionado por las normas correspondientes", aludiendo nuevamente la previsión del artículo 13.1 CE, es decir, vuelve a remitirse a que es un derecho configurado legalmente y por lo tanto el legislador tiene

una amplia libertad para fijar los límites y garantías de este derecho mediante la ley o leyes que crea conveniente para su modulación.

La justificación de esta reforma sobre el acceso al sistema sanitario se encuentra en el Preámbulo del Real Decreto-Ley 16/2012. Este Preámbulo se apoya en un Informe del Tribunal de Cuentas de fiscalización sobre determinados aspectos de la gestión de la asistencia sanitaria, especialmente relativos a ciudadanos europeos de otros Estados miembros. En este Informe se detectaban desajustes entre la asistencia efectivamente prestada y la facturación realizada. Se trata de problemas de gestión en la facturación que deberían resolverse mediante instrumentos que permitan solventar estos problemas para conseguir cobrar los servicios prestados. En cambio, la reforma va dirigida a la exclusión de determinados colectivos, la mayoría de ellos situados en el ámbito extracomunitario, que no siempre se corresponden con aquellos a los que hace referencia el Informe del Tribunal de Cuentas que como hemos visto corresponde a ciudadanos de la Unión Europea. En el Real Decreto-Ley se invocan fundamentalmente razones de ahorro económico y de descoordinación entre los diversos servicios sanitarios de las Comunidades Autónomas.

Pero aunque estemos ante un principio rector de la política social y económica, en realidad estaríamos tratando con un derecho constitucional cuasi-fundamental y de titularidad universal que, como ya se ha analizado anteriormente mediante la jurisprudencia correspondiente, guarda una relación intrínseca con la dignidad humana y la integridad física. Pues bien, este derecho a la salud y a la asistencia sanitaria desde el año 2000 se fue consolidando en España para los inmigrantes irregulares en casos de urgencia y desde el



año 2009 en casos de atención primaria y especializada, siempre que los inmigrantes irregulares estuviesen empadronados.

Así, uno de los puntos más discordantes de la reforma del sistema sanitario llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 16/2012 es que ha supuesto el abandono de una "conquista social" y por ende, un retroceso en la universalidad del sistema sanitario, es el correspondiente a los extranjeros irregulares, ya que se les priva de cualquier tipo de protección a su derecho a la salud mediante la preceptiva condición de asegurado o beneficiario impuesta por la reforma que viene a sustituir la condición de empadronado que se exigía antes a este tipo de colectivos y que les daba titularidad para ser beneficiarios de la asistencia sanitaria nacional, hecho que antes de la reforma si estaba previsto en nuestra legislación.

El Real Decreto-Ley ha supuesto, considero, un retroceso en nuestro sistema sanitario ya que se ha privado de estas prestaciones sanitarias a los inmigrantes irregulares empadronados dando un paso atrás a lo que durante años ha significado una conquista social. La doctrina fijada por el TC en su STC 97/1990, de 24 de mayo, conlleva la consideración de dos teorías. Por un lado, si se contempla el derecho a la salud como un derecho únicamente de carácter prestacional no procedería aplicar la teoría de la "irreversibilidad" de las conquistas sociales, es decir, no se tendría que volver a aquella situación en la cual se establecía un sistema asistencia sanitaria universal a todos aquellos colectivos que se encontrasen en una situación irregular en España. Por otro lado, si tenemos en cuenta el derecho a la salud como un derecho conectado con otros derechos fundamentales podría admitirse un cierto grado de "irreversibilidad", dando

origen a la justificación por el legislador de todas las medidas limitadoras del derecho configurado legalmente con la finalidad de evitar restricciones desproporcionadas de las conquistas sociales.

Tratándose de un derecho que lleva arraigado en la sociedad durante años y por lo tanto ha supuesto una verdadera conquista social, un determinado nivel de protección, hay que exigirle al legislador un comportamiento más específico, especial y riguroso de las limitaciones llevadas a cabo, teniendo en cuenta además de que estas medidas restrictivas comprenden diferencias de trato entre personas por razón de su nacionalidad (nacionales y extranjeros) o de su situación administrativa en el país (extranjeros regulares e irregulares) .

La crisis económica ha puesto de relieve la necesidad de establecer medidas de estabilidad presupuestaria y contención del déficit para garantizar la viabilidad y sostenibilidad del Estado del bienestar. Ello ha planteado la posibilidad de reconsiderar la titularidad y el alcance de las prestaciones sociales, por las dificultades en asumir el gasto que pueda producir su crecimiento ilimitado en un contexto de escasez de recursos. Como se ha señalado, "el curso de los acontecimientos confirma que se impone la propuesta reductora del acceso y contenido de las prestaciones en aras de unas exigencias financieras que están condicionadas por datos económicos más próximos a la primacía del mercado que a la realización del modelo del Estado Social".

En el proceso de reconstrucción de los derechos sociales la doctrina ha acudido a diversas categorías jurídicas para asegurar el contenido mínimo del derecho. Entre estas fórmulas encontraríamos la del



contenido esencial, la de las condiciones básicas y la garantía institucional para delimitar el alcance de la posible reversión y establecer una resiliencia de los derechos sociales. Este contenido mínimo vendría delimitado por la evolución en cada momento histórico que fuera adecuado con la dignidad de la persona . Contenido que, en cualquier caso, supondrá un límite indisponible por el legislador. En cuanto al contenido mínimo de estos derechos, cobran especial relevancia los principios de razonabilidad y de proporcionalidad para valorar el alcance de la regulación legal de los derechos sociales. Parámetros jurídicos que son utilizados por el TC y que permiten establecer un adecuado equilibrio entre la prioridad de aplicar medidas de contención en períodos de crisis económica con la no menor necesidad de garantizar un contenido mínimo imprescindible de los derechos sociales que son los que permiten hacer realidad la cláusula del Estado social.

El carácter universal del derecho a la salud se deduce del vocablo "toda persona" utilizado por estos textos internacionales para designar al titular de este derecho. La universalización de este derecho radica precisamente en la figura de la titularidad, ya que es independiente de la condición de nacional o extranjero y más concretamente de la situación legal o administrativa de aquel en España, y se aleja de la condición de trabajador o asegurado que está vigente en estos momentos en nuestra legislación en materia de extranjería para obtener la debida asistencia sanitaria.

Además, "El Tribunal Constitucional, al examinar la constitucionalidad de la medida limitadora del derecho a la salud de los inmigrantes irregulares, habría de valorar si dicha restricción, introducida por el legislador

de urgencia, conforme a lo económicamente posible, respeta o no su contenido esencial y si supera o no los criterios del principio de proporcionalidad: idoneidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto”.

Desde esta perspectiva, un análisis relevante es el manifestado en el ATC 239/2012. El Tribunal lleva a cabo una ponderación de intereses generales: por un lado el interés general determinado por el beneficio económico y el ahorro que supone para el Estado las medidas adoptadas con la redefinición del ámbito de los beneficiarios del sistema público de salud y por otro, el interés general de preservar el derecho a la salud consagrado en el artículo 43 CE. Así de este modo, razona su resolución estableciendo que “el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado”.

El interés económico de estas medidas no es motivo suficiente para explicar por qué no hay existen fondos públicos para atender prestaciones que antes sí estaban cubiertas. El legislador no puedo apoyar su razonamiento en un argumento meramente económico para limitar rigurosamente un derecho con carácter cuasi-fundamental debido a la conexión tan íntima y personal que tiene con derechos como la vida e integridad física (15CE) y la dignidad humana (10 CE), todos ellos reconocidos por la Constitución como fundamentales.

Con todo lo expuesto en estas últimas líneas se podría llegar a la conclusión de que las medidas llevadas a



cabo para la limitación de este derecho podrían ser objeto de inconstitucionalidad por vulnerar un derecho fundamental en su dimensión prestacional. Así, existe doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que nos dice que ciertos derechos sociales pueden interpretarse por su vinculación con derechos fundamentales.

Recientemente se ha establecido un indicio de esta tendencia a vincular ciertos derechos sociales “sensiblemente protegidos” como es el derecho a la salud en este caso, con derechos fundamentales. Así, en el ATC 239/2012 de 12 de Diciembre. En él se establece el levantamiento de la suspensión de vigencia y aplicación de determinados preceptos del Decreto 114/2012, de 26 de junio, del Gobierno del País Vasco, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi. El Tribunal lleva a cabo una ponderación de intereses generales. Por un lado “el interés general configurado por el beneficio económico asociado al ahorro vinculado a las medidas adoptadas por el Estado al redefinir el ámbito de los beneficiarios del sistema público de salud”, y por otro lado, “el interés general de preservar el derecho a la salud consagrado en el art. 43 CE”. Este levantamiento se refiere a los preceptos que afectan a la ampliación del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria pública y gratuita.

La razón fundamental en la que se apoya el TC para decretar el levantamiento es la consideración del mandato del artículo 43 CE que se dirige a todos los poderes públicos para garantizar la protección de la salud a todos los ciudadanos y “la vinculación entre el principio rector de la política social y económica del art. 43 CE y el art. 15 CE, que recoge el derecho

fundamental a la vida y a la integridad física y moral". El Tribunal entiende que "los intereses generales y públicos, vinculados a la promoción y garantía del derecho a la salud son intereses asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles".

Además de la vinculación de este derecho con la integridad física, el Tribunal aporta otra razón determinante de carácter socioeconómico para levantar la suspensión de la vigencia de determinados preceptos del País Vasco. Esta razón socioeconómica consiste en "que el derecho a salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado".

Un dato de gran trascendencia sobre el levantamiento de esta suspensión es la duda de cuál hubiese sido la decisión adoptada por el Tribunal si el Gobierno de la nación hubiese cuantificado de manera expresa el perjuicio económico que para la Hacienda Estatal supone la extensión de la cobertura sanitaria realizada por el Decreto vasco. Lo que se está planteando mediante esta duda es la posibilidad de que prevalezca el interés general de control del déficit sobre el interés público de protección de la salud y de la integridad física de las personas. Cabe cuestionarse, no obstante, el planteamiento de qué hubiera sucedido, cuál hubiera sido la solución del Tribunal, si el Gobierno vasco hubiese aportado los argumentos y datos suficientes que justificaran que la suspensión de la decisión recurrida en relación con el porcentaje de la prestación farmacéutica supone una lesión del derecho a la salud.



III. CONCLUSIONES

1- La reforma que se lleva a cabo por el Real Decreto-Ley 16/2012, privando de la mayoría de las prestaciones sanitarias a los extranjeros en situación administrativa irregular, precisamente el colectivo más perjudicado por la crisis económica y el desempleo, significa un paso atrás en el proceso de universalización de la sanidad pública y un retroceso importante en el disfrute y tutela de uno de los derechos constitucionales cuasi-fundamental más relevantes, el derecho a la salud, además del abandono absoluto de una conquista social arraigada y reconocida en el territorio nacional durante muchos años.

2- La titularidad del derecho de acceso a la prestación sanitaria gratuita financiada con cargo a fondos públicos queda condicionada a que se ostente la condición de asegurado o beneficiario del Sistema Nacional de Salud.

3- Los extranjeros recibirán asistencia sanitaria sólo cuando estén registrados o autorizados como residentes en España. En contraposición a esta medida, la regulación ya derogada permitía que los extranjeros sin residencia legal en España pudieran obtener asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles, siempre que estuvieran inscritos en el padrón del municipio donde residían habitualmente, perjudicando claramente esta medida a los extranjeros irregulares.

4- El régimen sanitario de las Comunidades Autónomas, es poco uniforme, es decir, existen normas autonómicas de diverso y desigual contenido y algunas

de ellas ha sido objeto de mucha problemática sobre todo en los regímenes forales:

- En primer lugar, encontramos Comunidades Autónomas que aplican de forma inmediata el Real Decreto-Ley 16/2012, negando la tarjeta y la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, salvo en los supuestos contemplados en el propio Real Decreto-Ley: atención en urgencias, mujeres embarazadas y menores de edad.
- En segundo lugar, nos encontramos con Comunidades Autónomas que no aplican el Real Decreto-Ley 16/2012 y adoptan su propio sistema sanitario beneficiando en la medida de lo posible la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, atribuyendo 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, se exige el cumplimiento de unos requisitos: carecer de otro sistema de cobertura sanitaria, el empadronamiento por un periodo de tiempo mínimo en un municipio de la Comunidad Autónoma y no superar una cuantía de ingresos determinada.
- En tercer y último lugar hay Comunidades Autónomas que adoptan una posición intermedia, no rechazando plenamente el Real Decreto-Ley 12/2016, las cuales han desarrollado otros mecanismos para continuar prestando asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares; mecanismos como reconocer la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, teniendo como obligación pagar los servicios prestados, estamos ante el caso de la suscripción del inmigrante irregular a un convenio especial para recibir la correspondiente asistencia sanitaria.



5- El Tribunal Constitucional ha desarrollado una clasificación tripartita de los derechos de los extranjeros:

- En primer lugar, se situarían aquellos derechos fundamentales que corresponden a los extranjeros en condiciones plenamente equiparables a los españoles.

- La segunda categoría abarcaría a los derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros los reconocidos en el artículo 23 CE.

- La tercera categoría de derechos comprenderían aquellos que corresponden a los extranjeros en la medida en que así lo reconozcan los tratados y las leyes. Es decir, se trata de aquellos derechos que la Constitución no atribuye directamente a los extranjeros, pero que el legislador puede extender a los no-nacionales "aunque no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles". Aquí se encuadraría el derecho a la salud.

El derecho a la salud es un derecho de configuración legal debido a su carácter prestacional y a su denominación como principio rector y no como derecho fundamental, por lo tanto pasa a ser regido por el legislador, el cual tiene la potestad de equipararlo o no a los derechos de los españoles, abogando éste por la segunda opción en la mayoría de los casos.

6- La Constitución reconoce la salud como un bien jurídico digno de tutela por el ordenamiento, tanto desde una perspectiva individual (derecho a la protección de la salud), como colectiva (protección de la salud pública). Estas dos categorías se han visto vulneradas, en primer lugar, la protección de la salud por el desamparo sanitario que se ha sometido a los

inmigrantes irregulares negándoles asistencia sanitaria y en segundo lugar la protección de la salud pública, cometiendo la enorme negligencia de poner en peligro la salud del resto de la sociedad.

7- La privación a los extranjeros en situación irregular de las prestaciones podría ocasionar la aparición de problemas de salud pública, ante el riesgo de que un sector de la población enferma del país no disponga de atención médica.

8- El interés económico de estas medidas no es motivo suficiente para limitar rigurosamente el derecho a la protección a la salud, el legislador no puede basar su razonamiento en un argumento meramente económico.

9- Estamos ante un derecho con carácter cuasi-fundamental debido a la conexión tan íntima y personal que tiene con derechos como la vida e integridad física (art. 15 CE) y la dignidad humana (art. 10 CE), todos ellos reconocidos por la Constitución como fundamentales.

10- España ha ratificado diversos tratados y convenios internacionales estableciendo una régimen universal de la asistencia sanitaria, tomando como referencia la Declaración Universal de Derechos Humanos, que utiliza el vocablo "toda persona" sin hacer ningún tipo de distinción de su situación administrativa o legal, sino que sólo por el mero hecho de ser persona como tal tiene derecho a la salud allá donde este mediante una asistencia médica digna.

11- Recientemente se han creado precedentes para la prestación de los servicios sanitarios a los inmigrantes, sea cual sea su situación administrativa o legal, consiguiendo con ello volver a apoderarse de esa



conquista social-universal que desde el 2012 se ha abandonado. Me estoy refiriendo a los Autos del Tribunal Constitucional 239/2012 y 114/2014, en los cuales establece el levantamiento de la suspensión de vigencia y aplicación de determinados preceptos tanto del Decreto 114/2012, de 26 de junio, del Gobierno del País Vasco como del Decreto Foral de Navarra 117/2012 respectivamente, tales Decretos abogaban por la universalización de la asistencia sanitaria, no aplicando de ninguna forma el RDL 16/2012, estableciendo estos territorios forales un régimen propio al margen de la normativa estatal.

El Alto Tribunal justificó su decisión basándose en los siguientes argumentos:

- La vinculación entre el principio rector de la política social y económica del artículo 43 CE y el artículo 15 CE, que recoge el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral que gozan de una protección constitucional más reforzada
- El derecho a salud y el derecho a la integridad física de las personas poseen una importancia relevante en el marco constitucional, tales derechos no pueden verse vulnerados por la mera consideración de un eventual ahorro económico.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- AGUADO I CUDOLÀ, V., "Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del estado del bienestar",

Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardurularitzako Euskal Aldizkaria, nº. 80, 2008, pp.87-110.

- BEATO ESPEJO, M., "El sistema sanitario español: su configuración en la Ley General de Sanidad", Revista de Administración Pública, nº 119, 1989, pp.379-418.

- BERMEJO VERA, J., Derecho Administrativo. Parte Especial (Tercera Edición). Civitas, Madrid, 1998.

- CANTERO MARTÍNEZ, J., "La configuración legal y jurisprudencial del derecho constitucional a la protección de la salud", Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardurularitzako Euskal Aldizkaria, nº. 80, 2008, pp.15-53.

- CRUZ VILLALÓN, P., "Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros, las personas jurídicas", Revista española de Derecho constitucional, nº. 35, 1992, pp.63-84.

- DJAMIL, T. Y KAHALE, C., "La prestación de asistencia sanitaria a los extranjeros en España", Derecho y Salud, Vol. 15, nº. 1, 2007, pp.99-116.

- DELGADO DEL RINCÓN, L.E., "El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares", Revista de estudios políticos, nº. 163, 2014, pp.189-231.

- ESCOBAR ROCA, G., "Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud", Revista de Derecho Político, nº. 71-72, 2008, pp.111-148.

- FERNÁNDEZ SEGADO, F., "La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional",



Revista Española de Derecho Constitucional, nº. 39, 1993, p.212.

- GARCÍA HERRERA, M.A., "Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española", Revista de Derecho Político, nº.58-59, 2003-2004, pp.277-304.

- GÓMEZ GALÁN, R., Derechos de las personas en relación con la salud.: Fundamentación jurídica en el ordenamiento español, Tesis doctoral, Universidad de Extremadura (2016).

- JIMÉNEZ CAMPO, J., "El legislador de los derechos fundamentales", UBALDO GÓMEZ, A. (coordinador), Estudios de derecho público en homenaje a Ignacio de Otto, Universidad de Oviedo, Oviedo 1993, pp.473-510.

- JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, M., "El Derecho Constitucional a la Protección de la Salud", IX Congreso Nacional de Derecho Sanitario, pp.1-30.

- LOMAS HERNÁNDEZ, V., "Asistencia sanitaria prestada en extranjero por una dolencia relacionada con una patología previa del enfermo. STSJ de Galicia, (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 3426/2013 de 27 junio", Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº. 8, 2013, pp.514-515.

- MEDINA GUERRERO, M., La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales, McGraw-Hill, Madrid, 1996.

- PEMÁN GAVÍN, J.M. Y EZQUERRA HUERVA, A., "El empadronamiento de extranjeros en situación irregular: sobre la capacidad de actuación de los Ayuntamientos al respecto", El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, nº. 11, 2010, pp.72-83.

- PONCE SOLE, J., El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos: las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2013.
- ROCA TRÍAS, E. Y AHUMADA RUIZ, M.^a A., "Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española", Reunión de tribunales constitucionales de Italia, Portugal y España, Roma, octubre 2013.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., "Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante: la dialéctica universalidad/ciudadanía", Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº. 63, 2006, pp.249-296.
- 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 electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR, nº. 13, 2015, pp.233-248.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico, Documento de trabajo Laboratorio de Alternativas, nº. 89, 2006.
- VIDAL FUEYO, C., Constitución y extranjería: los derechos fundamentales de los extranjeros en España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2002.



LEGISLACIÓN

Legislación nacional:

- Constitución Española de 1978.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.
- Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.
- Ley de 14 de diciembre de 1942, de seguro obligatorio de enfermedad.
- Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social.
- Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989.
- Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.
- Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.
- Ley Foral 8/2013, de 25 de Febrero, reconociendo a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria pública gratuita del sistema público sanitario de Navarra.

- Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobado el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social.
- Real Decreto 576/2013 de 26 de Julio se disponen los requisitos básicos del convenio especial de prestación sanitaria.
- Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, que se publica en desarrollo del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril.
- 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.
- 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.
- Decreto Foral 117/2012, de 31 de octubre, en 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 Foral de Navarra.

Legislación europea e internacional:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.
- Convenio Nº 97 de la Organización Internacional del Trabajo de 1949.



- Carta Social Europea de 1961.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007.

JURISPRUDENCIA

- STSJ de Galicia núm. 3426/2013 de 27 de junio.
- STS de 10 de diciembre de 1986.
- STS de 21 de abril de 1987.
- STS de 17 de Julio de 1997.
- STC 19/1982, de 5 de mayo.
- STC 107/1984, de 23 de Noviembre.
- STC 99/1985, de 30 de Septiembre.
- STC 97/1990, de 24 de mayo
- STC 214/1991, de 11 de noviembre.
- STC 94/1993 de 22 de Marzo.
- STC 242/1994, de 20 de julio.
- STC 96/1995, de 19 de junio.
- STC 130/1995, de 11 de septiembre.
- STC 86/1996, de 21 de mayo.

- STC 95/2000, de 10 de abril.
- STC 95/2003, de 22 de mayo.
- STC 72/2005 de 4 de Abril.
- STC de 236/2007, de 27 de noviembre.
- STC 62/2008, de 26 de mayo.
- STC 17/2013, de 31 de enero.
- ATC 96/2011, de 21 de junio
- ATC 239/2012, de 12 de diciembre.
- STC 17/2013, de 31 de enero de 2013
- ATC 114/2014, de 8 de abril.
- STEDH de 2 de Mayo de 1997.