

## LA REGRESIVIDAD DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA: LA PÉRDIDA DE LA UNIVERSALIDAD SE CEBA EN LOS «INMIGRANTES IRREGULARES»

Comentario a la [Sentencia del Tribunal Constitucional 139/2016, de 21 de julio](#)

Margarita Miñarro Yanini

*Profesora Titular de Universidad. Universidad Jaume I (Castellón)*

### 1. MARCO NORMATIVO DE LA DECISIÓN: PODER CONSTITUYENTE Y COMPROMISOS INTERNACIONALES

Los bienes jurídicos «vida», «integridad física y psíquica» y «salud» tienen en la [Constitución española](#) múltiples y desiguales reconocimientos, existiendo entre ellos conexión, de manera que no cabe desligar contenido y garantías de protección de unos de los otros, aunque tampoco exista identidad ([STC 160/2007](#)). La protección más básica en su contenido y más trascendente en su rango normativo se encuentra en el artículo 15 de la [CE](#) –derecho fundamental a la vida y a la integridad–, encontrándose la más extensa e intensa de contenidos, aunque formalmente de menor intensidad garantista, en el artículo 43 de la [CE](#) –principio rector a la protección de la salud, que incluye la asistencia sanitaria como una de sus garantías–. Dada la relevancia del bien jurídico protegido, la protección de la salud tiende a reconocerse bajo fórmulas de universalidad, recurriendo a términos impersonales –«se reconoce»–, sin especificar titulares beneficiarios, o a cláusulas abiertas –«de todos»–. Es por ello que se trata de un derecho de la persona, más que de la ciudadanía, sin perjuicio de su especificación en ciertos ámbitos (art. 40.2 [CE](#), en relación con los trabajadores). Por ese motivo, se reconoce también a las personas extranjeras (art. 13.1 [CE](#)), si bien «*en los términos que establezcan los tratados y la ley*», por cuanto se trata de un «derecho de configuración legal». Con todo, la fijación de los eventuales límites de los derechos esenciales para la existencia humana ha de atender y preservar el valor de la dignidad ([STC 236/2007](#)).

La legislación sanitaria posterior a 1978 reflejó bien el cambio constitucional al proponer la universalización del derecho a la atención sanitaria, si bien para los nacionales –art. 1.2 [Ley 14/1986, de 25 de abril](#), «todos los españoles [...] son titulares»; el art. 2 b) [Ley 16/2003](#), hablaba también del «aseguramiento universal y público»–. No sucedió lo mismo con la legislación de

Seguridad Social que siguió ligada a la tradición preconstitucional, manteniendo la condición de «asegurado» como presupuesto para acceder a una de las prestaciones básicas de la acción protectora del Sistema. Esta contradicción entre los dos grupos normativos nunca se zanjó de modo claro ni menos aún definitivo.

En ese contexto confuso, la práctica fue expansiva, de modo que no solo las sucesivas leyes sanitarias autonómicas establecieron una plena universalidad, extendiendo la protección también a los extranjeros, sino que hasta el legislador estatal aceptó que el derecho a la asistencia sanitaria se reconociese a las personas extranjeras en situación irregular, bastando para ello el simple «empadronamiento» (art. 12 [Ley Orgánica 4/2000, 11 de enero](#), sobre derechos y libertades de los extranjeros en España). Con todo, no se trataba de una cuestión zanjada, y tanto es así que la [Ley 33/2011, de 4 de octubre](#), General de Salud Pública, en su disposición adicional sexta, reconocía el derecho de acceso a la asistencia sanitaria pública *«a todos los españoles residentes en territorio nacional a los que no pudiera serles reconocido en aplicación de otras normas del ordenamiento jurídico»*, lo que ponía en entredicho la tan predicada universalidad.

El [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, señaló con nitidez que ni españoles ni extranjeros tendrían en España derecho universal de asistencia sanitaria, sino que para ello precisaban tener la condición de «asegurado». El artículo 3.2 de la [Ley 16/2003](#), reformada por la norma de 2012, reconoce exclusivamente la condición de asegurado, a efectos de recibir asistencia sanitaria en España con cargo a fondos públicos a través del Sistema Nacional de Salud, a trabajadores en alta o situación asimilada, pensionistas, perceptores de prestaciones periódicas y demandantes de empleo que hayan agotado la prestación o el subsidio por desempleo y no acrediten la condición de asegurado por cualquier otro título. Igualmente, adicionó el apartado 5 para indicar la posibilidad de que los sujetos a quienes no se reconoce la condición de asegurado obtengan la asistencia sanitaria mediante la suscripción de un convenio especial. Por lo demás, en su disposición transitoria primera, el real decreto-ley establecía que quienes vinieran disfrutando de la asistencia sanitaria pública gratuita podían disfrutar de ella hasta el 31 de agosto de 2012 sin necesidad de acreditar su condición de asegurado.

Sin embargo, el derecho a la asistencia sanitaria no tiene reconocimiento jurídico solo en el plano nacional, sino que aparece como un auténtico derecho social humano con reconocimiento supranacional. Así, el [Pacto de derechos económicos, sociales y culturales](#), en su artículo 12 reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, incluyendo, entre las medidas que deberán adoptar los Estados para asegurar la plena efectividad de este derecho, *«la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad»*. Por su parte, la [Carta Social Europea](#), en su artículo 11, establece este derecho en sentido amplio, como lo hace el artículo 35 de la [Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea](#), al disponer que *«toda persona tiene derecho [...] a beneficiarse de la atención sanitaria [si bien] en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales»*.

## 2. ANTECEDENTES DE LA DECISIÓN CONSTITUCIONAL: SÍNTESIS DEL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

En desacuerdo con esta vuelta al pasado, que afectaba a muchas comunidades autónomas que habían adoptado la universalidad, el Parlamento de Navarra presentó recurso de inconstitucionalidad contra el citado [Real Decreto-Ley 16/2012](#), que incluía los artículos relativos a las limitaciones subjetivas en el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria, y en particular la privación del mismo a los extranjeros en situación irregular.

La letrada del Parlamento recurrente mantiene la inconstitucionalidad de los preceptos de la norma indicados con base en diversos argumentos. Por una parte, recuerda que la única razón de la modificación se debe a motivos económicos, por lo que no supera el examen de constitucionalidad, porque el derecho a la protección de la salud es un derecho social mediante el que se garantiza la preservación de un bien que es indispensable para el ejercicio de los demás derechos fundamentales, por lo que es un derecho vinculado a la persona –y no ya al ciudadano– imprescindible para la dignidad humana. Por lo tanto, no puede ser aplicado desigualmente, ni entre españoles ni entre españoles y extranjeros, ni entre estos y los extranjeros en atención a su situación administrativa, pues ello supondría una diferencia de trato injustificada y no razonable, y por tanto prohibida por el artículo 14 de la [CE](#). Asimismo, incide en la vinculación del artículo 43.2 con el derecho fundamental a la vida y a la integridad física, reconocidos en el artículo 15 de la [CE](#) a toda persona sin excepción. Por lo demás, mantiene también la letrada del Parlamento de Navarra que la modificación no respetaría el contenido del derecho a la salud reconocido en diversos tratados internacionales ratificados por España.

El Abogado del Estado, por su parte, solicitó la desestimación del recurso en su escrito de alegaciones, basándose fundamentalmente en que el derecho a la asistencia sanitaria a inmigrantes en situación irregular es uno de aquellos entre los que se pueden establecer diferencias entre nacionales y extranjeros, y que así se hace en algunos de los países de nuestro entorno. Defiende, asimismo, la conformidad del [Real Decreto-Ley 16/2012](#) con la [Constitución](#), al mantener que esta admite diversidad de modelos en su configuración, pero en ningún caso impone que se garantice a todos los residentes una asistencia sanitaria plena y con cargo a fondos públicos. Para el Abogado del Estado, la diferencia de trato es admisible porque cumple las tres condiciones para ellos, ya que (1) la asistencia sanitaria conecta con la dignidad humana en lo relativo a la atención de urgencia, que sigue incluida, (2) se dirige a preservar otros derechos e intereses constitucionalmente protegidos, como es el principio constitucional de la estabilidad presupuestaria, y (3) es una medida proporcional al fin perseguido.

## 3. DOCTRINA CONSTITUCIONAL SENTADA: RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

La mayoría del Tribunal Constitucional desestima la inconstitucionalidad del [Real Decreto-Ley 16/2012](#), casi en su integridad. A tal fin, acoge los argumentos del Abogado del Estado,

con una excepción que, de alcance práctico muy limitado, no deja de provocar cierto sonrojo. En efecto, aceptando la legitimidad del cambio de modelo, al considerar que la nueva regulación de la condición de asegurado del Sistema Nacional de Salud provoca una regresión en el sistema perfectamente asumible constitucionalmente, admite que sea el legislador el que delimite el alcance de la asistencia sanitaria para los diversos colectivos, siempre que las condiciones sean razonables y proporcionales. Es por ello que no ve óbice en legitimar la exclusión de los inmigrantes irregulares, aduciendo que la asistencia sanitaria vinculada al derecho a la vida y a la integridad –derecho fundamental que no admite condicionamiento legislativo, por ser reflejo de un derecho humano– está garantizada, aun limitando razonablemente su intensidad. Según el tribunal, el derecho previsto en el artículo 43 de la CE es «*un derecho de configuración legal que corresponde regular al legislador respetando los valores y los principios constitucionales, así como el contenido que se desprende del art. 43 CE en lo que atañe a las condiciones de acceso a las prestaciones sanitarias*». Por lo tanto, el legislador puede tomar en consideración la situación legal y administrativa en España, y condicionarlo a la autorización de estancia o residencia, como ya se hacía antes al exigir la inscripción en el padrón del municipio de residencia.

Por lo demás, a estos efectos, los tratados internacionales a los que remite el artículo 13 de la CE no constituyen, para la mayoría constitucional, canon de constitucionalidad, sino que son solo clave interpretativa de los derechos constitucionales. Desde este canon de control jurídico, limitado a una interpretación conforme, pero no de aplicación directa para el juicio de legitimidad constitucional, concluye la mayoría –a diferencia de lo que sucede con los votos particulares que acompañan a la sentencia– que la ley supera estos juicios. Si en todos ellos se define un derecho de la persona, este no está exento ni de límites de recursos (**Pacto de derechos económicos, sociales y culturales**, art. 12.1 en relación con su art. 2), ni legales (art. 35 de la **Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea** y jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la necesidad de salvaguardar el equilibrio de las finanzas del Estado miembro), incluida la diferencia que supone el carácter legal o no de la residencia (art. 13.4 y anexo).

En cambio, declara contrario a la **Constitución** y nulo el inciso «*siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente*» del artículo 3.3 de la **Ley 16/2003**, por cuanto entiende que se trata de una deslegalización normativa, que por tanto vulnera el principio de reserva de ley *ex* artículo 43.2 de la CE.

#### 4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL: EFECTOS PRÁCTICOS Y POSIBLES VÍAS DE «REVERSIÓN»

Indudablemente, la sentencia comentada es de enorme relevancia tanto para la teoría de los derechos sociales fundamentales como para la práctica de las políticas de asistencia sanitaria. En el primer plano, la doctrina constitucional española entra de lleno en un debate que se creía ya superado, como es el relativo a la reversibilidad o no de los derechos sociales fundamentales. La prohibición de regresividad de los mismos ya ha sido asumida internacionalmente, incluso

en época de crisis económica, tal y como viene consolidando la doctrina jurisprudencial del Comité Europeo de Derechos Sociales –CEDS–, órgano máximo de garantías jurisdiccionales de la [Carta Social Europea](#). Sin embargo, no parece ser este el convencimiento del Tribunal Constitucional español que, en consonancia con los grises tiempos que corren para el valor jurídico de la solidaridad, cuya formalización está detrás de la fundamentación de los derechos sociales humanos, ha dictado una sentencia que los hace retroceder en pro de los hegemónicos principios economicistas del momento.

La teoría de los derechos fundamentales alcanza una inmediata significación práctica, porque las erosiones de los derechos sociales humanos y de sus garantías jurídicas de efectividad suele tornarse en interpretaciones restrictivas que recaen directamente sobre las personas y colectivos más necesitados, esto es, los que sufriendo más situaciones de necesidad tienen menos capacidades de atención y desarrollo. Por eso, pese a que inicialmente la reforma de austeridad parecía responder a la voluntad de reducir costes desproporcionados, como los del gasto sanitario o la práctica llamada de «turismo sanitario», realmente sus efectos se han cebado –además de la merma de reducción de la intensidad protectora de la prestación farmacéutica y la pérdida de intensidad de la protección asistencial para todos los titulares y beneficiarios–, sobre el eslabón más débil de toda la cadena, que son las personas inmigrantes en situación irregular.

Sin duda, esta expulsión *ad hoc* de un colectivo en situación de exclusión social, agravando su posición de vulnerabilidad, merece múltiples reproches, tanto en el plano normativo como ético-social. En el plano normativo, porque ignora el valor de derecho humano de la asistencia sanitaria y la consecuente protección reforzada que respecto de esta establecen las normas internacionales suscritas por España, como el citado CEDS nos ha puesto de relieve y el voto particular enfatizó, con nulo éxito. En este sentido, resulta esencial recordar que las [Conclusiones XX-2\) del CEDS](#) ya consideraron la exclusión de la sanidad pública española de los extranjeros en situación irregular contraria al artículo 11 de la [Carta](#). Por ello, resulta manifiesto que su mantenimiento en el ordenamiento jurídico constituye un grave incumplimiento de los compromisos de carácter internacional asumidos por España con el Consejo de Europa, cuya primacía es tan palmaria como incomprensible su desconocimiento. Esta misma línea es la seguida por la doctrina del Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de la ONU, con relación al referido artículo 12 del [Pacto](#) cuya aplicación supervisa. Esta directriz internacional de comprensión del derecho fue la que exhibió momentáneamente la doctrina constitucional que razonó el levantamiento de la suspensión cautelar de la normativa de diversas comunidades autónomas que reconocía la prestación de asistencia sanitaria a inmigrantes irregulares.

Ha de destacarse, asimismo, la perplejidad que despierta esta exclusión, que afecta a las personas y colectivos que menos recursos económicos tienen, si se compara con la atención que el Tribunal Constitucional ha dispensado a las personas con más recursos, que son las excluidas por disponer de una renta superior a los 100.000 euros. El colectivo afectado por la declaración de nulidad constitucional es esta «minoría» de personas, dado que la remisión reglamentaria del artículo 3.3 de la [Ley 16/2003](#), inconstitucional en este punto, establecía este umbral de rentas para excluir del derecho por razones económicas. Poco hay que objetar frente a este vicio legal,

aunque resulta llamativa la preocupación que muestra el tribunal por quienes tienen más recursos, en contraste con el silencio que guarda respecto de los que menos tienen.

En este sentido, nada dice la decisión constitucional mayoritaria –tampoco los votos particulares– sobre la *potestatum correctionem* y *potestatum moderarum* de las consecuencias de las decisiones de invalidación constitucional, es decir, las facultades de corregir y moderar temporalmente los efectos de la misma para encauzar más adecuadamente el cumplimiento de sus sentencias. Tal silencio sobre el momento desde el que ha de producir efecto la nulidad constitucional de la citada previsión normativa abre la vía a que, con fundamento en la sentencia, decenas de personas que quedaron fuera del sistema por el umbral económico, y que por lo tanto tuvieron que acudir a la sanidad privada, decidan reclamar a los poderes públicos –estatal y autonómicos– los costes en que incurrieron. Este silencio es incomprensible, aunque no infrecuente, como prueba la reciente [STC 140/2016, de 21 de julio](#), sobre tasas judiciales, que también es objeto de [comentario](#) en este monográfico. Además, en este caso se alienta un efecto de «solidaridad social invertida», puesto que el Tribunal Constitucional, al reconocer una eficacia temporalmente ilimitada de su declaración de inconstitucionalidad, deja abierta la vía de cargar sobre los menguados fondos públicos los costes de la sanidad de quienes más tienen –los que superan los 100.000 euros–, al tiempo que avala descargarlos de buena parte de los costes que generaría atender a los que menos recursos tienen, los inmigrantes en situación irregular.

Con todo, es dudosa la eficacia práctica que pueda tener la exclusión de estos últimos, pues la gran mayoría de las comunidades autónomas siguen prestándoles asistencia sanitaria –existiendo incluso colectivos profesionales que alegan una suerte de «derecho a la objeción de conciencia profesional positiva», consistente en prestar un servicio para el que no están autorizados, atender a personas que están excluidas o realizar prestaciones no cubiertas–. Aunque todas están recurridas ante el Tribunal Constitucional, este alzó la suspensión que pesaba sobre ellas, lo que vaticinaba una respuesta positiva sobre el fondo. En cualquier caso, en este momento no es fácil pronosticar cuál será el resultado final. De un lado, la [STC 139/2016](#), comentada, hace dudar de que sea favorable, por el fondo insolidario de la doctrina que consolida, evidenciando una senda regresiva, también presente en las que abanderan la renacionalización de las competencias en materia de sanidad ([STC 71/2014](#)), en línea con lo que se ha producido en otros ámbitos –en la presentación de este monográfico se da cuenta de ello–. De otro, hay otras sentencias en las que el Tribunal Constitucional muestra más comprensión por la función de mejora del sistema común de la cartera de servicios autonómica. Destaca, a estos efectos, la [STC 136/2012, 19 de junio](#), según la cual las comunidades autónomas pueden extender «*en su territorio y con cargo a sus propios fondos la atención sanitaria gratuita a todas las personas residentes o a los colectivos [...] que consideren adecuados por razones de interés público*».

En cualquier caso, y sea como fuere, parece evidente la necesidad de revalorizar, una vez más, la existencia de un sistema multinivel –nacional e internacional– de justicia para hacer efectivo un derecho social humano como es la asistencia sanitaria. El rasgo de universalidad es sin duda inherente al estándar de protección internacional, al tratarse de un bien esencial de la persona y de la comunidad.