

EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS INMIGRANTES IRREGULARES: REFLEXIONES SOBRE LA REFORMA INTRODUCIDA POR EL REAL DECRETO-LEY 16/2012, DE 20 DE ABRIL

LUIS E. DELGADO DEL RINCÓN

Universidad de Burgos

I. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS: DEL EMPADRONAMIENTO MUNICIPAL A LA CONDICIÓN DE ASEGURADO.—II. EXAMEN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL REAL DECRETO-LEY 16/2012, DE 20 DE ABRIL, QUE PRIVA DEL DERECHO DE ASISTENCIA SANITARIA A LOS INMIGRANTES IRREGULARES, SALVO DETERMINADAS SITUACIONES: 1. *La utilización del Decreto-Ley*. 2. *El presupuesto habilitante: la situación de extraordinaria y urgente necesidad*. 3. *El derecho a la protección de la salud como materia objeto de regulación por Decreto-Ley y su limitación por motivos económicos*.—III. LA DISPAR REACCIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS ANTE LA REFORMA INTRODUCIDA POR EL REAL DECRETO-LEY 16/2012, DE 20 DE ABRIL—IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

RESUMEN

El Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, ha modificado la legislación en materia de extranjería y sanidad. Una de las medidas que adopta es la privación del derecho de asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, salvo en determinadas circunstancias. En el trabajo se examina la constitucionalidad de la restricción legislativa de ese derecho social respecto del colectivo de los inmigrantes irregulares por razones de carácter económico. También se analiza la utilización del Decreto-ley como norma idónea para limitar el derecho a la salud. En otra parte del trabajo se acomete el estudio de la diferente reacción de las Comunidades Autónomas ante la reforma introducida por el Decreto-ley 16/2012 y de la posible invasión de la legislación básica

estatal por determinadas normas autonómicas que amplían las prestaciones sanitarias y la titularidad del derecho a los inmigrantes irregulares.

Palabras clave: extranjería; extranjeros irregulares; derechos sociales; el derecho a la salud; asistencia sanitaria a inmigrantes irregulares.

ABSTRACT

Decree-Law 16/2012, of April 20, has changed the legislation on immigration and health. One of the measures adopted is the deprivation of the right to health care to irregular migrants, except in certain circumstances. The paper examines the constitutionality of the legislative restriction of the right social respect of undocumented migrants for economic reasons. It also discusses the use of Decree-Law as a rule appropriate for limiting the right to health. In another part of the work is undertaken the study of the different reaction of the Autonomous Communities to reform introduced by Decree-Law 16/2012 and the invasion of the basic state legislation for regional rules you determine that extend health care services and ownership of the right irregular migrants

Key words: immigration; illegal foreigners; social rights; the right to health; health care for illegal migrants.

I. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS: DEL EMPADRONAMIENTO MUNICIPAL A LA CONDICIÓN DE ASEGURADO (1)

El art. 12.1 de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEX), en la redacción modificada por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, atribuía el derecho a la asistencia sanitaria, en las mismas condiciones que los españoles, a los extranjeros que se encontrasen en España (con independencia de su situación legal o administrativa) siempre que estuviesen inscritos en el Padrón del municipio en el que tuvieran su domicilio habitual. El criterio que se utilizaba para atribuir el derecho a la protección de la salud a los extran-

(1) El presente trabajo se ha realizado en el marco de los Proyectos de Investigación I+D DER2008-00185, sobre Pluralidad de ciudadanías y participación democrática, concedido por la Subdirección de Proyectos de Investigación del Ministerio de Ciencia e Investigación para el trienio 2009-2011 (prorrogado hasta diciembre de 2012) y VA005A10-1, sobre La integración social y ciudadana de los inmigrantes en Castilla y León, concedido por la Junta de Castilla y León para el trienio 2010-2012. Algunas de las ideas que se contienen en este artículo se publicarán próximamente en un libro colectivo que recogerá las principales contribuciones de los proyectos de investigación mencionados.

jeros era el de la residencia efectiva en un municipio. Así podían obtener la tutela de ese bien jurídico tanto los extranjeros que tenían la autorización de residencia como los que sin tenerla estaban empadronados en un municipio. Los extranjeros no empadronados, los que no tuvieran una residencia efectiva, podían acceder a la asistencia sanitaria a través del servicio de urgencias en casos de enfermedad grave o de accidente, al igual que los transeúntes.

La exigencia del empadronamiento municipal para ejercer el derecho de asistencia sanitaria (y otros derechos sociales), solucionaba algunos problemas (2), pero originaba también ciertas dificultades a los inmigrantes irregulares, como el tener que cumplir y superar numerosos trámites burocráticos, con el añadido del desconocimiento del idioma. Otro inconveniente que les generaba el empadronamiento –incentivándoles incluso a no inscribirse en el Padrón–, derivaba de la facultad de la Dirección General de la Policía para acceder a los datos que obraban en el Padrón (arts. 16.3 y Disposición adicional séptima de la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local) y a obtener de ellos la información que podría serle útil para controlar y, en su caso, incoar un expediente de expulsión de los extranjeros irregulares (3). Ahora

(2) El empadronamiento en el municipio de residencia habitual, como criterio de atribución del derecho a la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, fue una opción del legislador para dar solución a ciertos problemas como el intercambio de tarjetas sanitarias entre extranjeros, el control de eventuales enfermedades que se «importaban» de otros países, el fallecimiento de algunas personas que no habían decidido acudir a las urgencias de un hospital o, lo contrario, la utilización de las urgencias hospitalarias para casos que no eran graves. En general, sobre estos aspectos, *vid.*, entre otros, los trabajos de ARBELÁEZ RUDAS, Mónica: «La nueva regulación del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros. Comentarios sobre las modificaciones en la redacción del artículo 12 LOEX». En BOZA MARTÍNEZ, Diego, DONAIRE VILLA, FRANCISCO JAVIER y MOYA, DAVID (coords.): *Comentarios a la reforma de la ley de extranjería (LO 2/2009)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 110-112; ARBELÁEZ RUDAS, MÓNICA y GARCÍA VÁZQUEZ, SONIA: «El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes». En AJA, ELISEO (coord.): *Los derechos de los inmigrantes en España*, Valencia, 2009, pp. 444-448; GARCÍA VÁZQUEZ, SONIA: *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 166-170; PEMÁN GAVÍN, JUAN MARÍA, y EZQUERRA HUERVA, ANTONIO: «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*, n.º 11, (2010), pp. 72-83; JOVER GÓMEZ FERRER, RAFAEL; ORTEGA CARBALLO, CARLOS, y RIPOL CARULLA, SANTIAGO: *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 170-178 y AJA, ELISEO: *Inmigración y Democracia*, Alianza Editorial, Madrid, 2012 pp. 379-382.

(3) Sobre este tema, véase la STC 17/2013, de 31 de enero, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Parlamento vasco, entre otras normas, contra el art. 16.3 y la Disposición adicional séptima de la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local, reformadas por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. Para el Parlamento vasco, la Disposición adicional séptima vulneraba el art. 18.4 CE, al permitir la utilización de los datos

bien, desde un punto de vista práctico, la obligación de inscribirse en dicho registro administrativo ha permitido también a los Ayuntamientos conocer

contenidos en el Padrón para fines distintos a los que se recogieron. Consideraba también la institución autonómica que la regulación del acceso a los datos era discriminatoria, ya que podía dar lugar a una limitación de los derechos reconocidos en la legislación de extranjería, en particular, del derecho a la asistencia sanitaria, que se vinculaba por el art. 12 LOEX a la previa inscripción en el Padrón. El Tribunal Constitucional reconocerá, sin embargo, que la Disposición adicional séptima no vulnera precepto constitucional alguno (FJ 9). En primer lugar, porque la facultad de la Dirección General de la Policía para acceder, vía telemática, a los datos de inscripción en el Padrón municipal (como cesionario), obedece a finalidades legítimas, «relacionadas con la ordenación de entrada y limitación de la residencia y trabajo para controlar adecuadamente los flujos migratorios y garantizar así el orden público interno...». En segundo lugar, porque, teniendo en cuenta el juicio de ponderación entre el derecho fundamental afectado y el interés constitucionalmente protegido y perseguido, el legislador «ha determinado quién y para qué se van a utilizar esos datos, los cuales son adecuados y necesarios para la finalidad perseguida, la gestión del sistema de control de entrada y permanencia de los extranjeros en España, a fin de evitar el fenómeno de la inmigración irregular». Para el Tribunal, el acceso a los datos por la Administración, regulado en la disposición cuestionada, resulta también proporcionado en relación con la finalidad perseguida, ya que está rodeado de unas garantías específicas, como la de motivar expresamente tanto la atribución concreta de la condición de usuario para acceder a los datos del Padrón como los accesos concretos de que se trate (motivación expresa susceptible de control judicial), evitando así accesos masivos e indiscriminados. Por lo que se refiere al hecho de que el legislador haya exigido la inscripción en el Padrón como una condición para el acceso a determinadas prestaciones, el Tribunal entiende que se trata de una manifestación de la facultad que tiene para establecer (con las limitaciones previstas en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3) diferencias de trato con los españoles en lo que respecta al ejercicio de determinados derechos, entre los que se encuentra el de acceso a las prestaciones sanitarias (STS 295/2000, de 2 de abril, FJ 3). En consecuencia, «no puede considerarse que una medida establecida para la consecución de finalidades constitucionalmente legítimas produce un efecto discriminatorio, siquiera de una forma indirecta» (FJ 9). Contra la decisión mayoritaria se formula un Voto particular por el magistrado Pablo Pérez Tremps, al que se adhieren las magistradas Adela Asúa Batarrita, Encarnación Roca Trías y el magistrado Fernando Valdés Dal Ré. Comparto la tesis discrepante, que reside en la justificación de la medida limitadora y en su proporcionalidad. Se afirma que la indeterminación de la norma recurrida impide garantizar la proporcionalidad e idoneidad de la medida. En este sentido, se citan algunos ejemplos de las indeterminaciones de que adolece la norma en relación con el sujeto habilitado para el acceso, con el objeto, la forma y las garantías del acceso. Estas indeterminaciones, que no se colman con la interpretación conforme que de la disposición impugnada se realiza en la sentencia, van en detrimento de la proporcionalidad de la medida y del mandato de predeterminación de las medidas limitativas de derechos fundamentales (FJ 3). En relación con el juicio de proporcionalidad, los magistrados disidentes estiman que no se han ponderado algunos elementos esenciales que, «de haber sido tenidos en consideración o, al menos no descartados expresamente, hubieran debido llevar a la declaración de la inconstitucionalidad del precepto». Así, la utilización de los datos del Padrón por la Dirección General de la Policía «como instrumento de control de flujos entra en abierta oposición con la finalidad del Padrón como registro administrativo que se constituye

cuántas personas y en qué condiciones se encontraban en las localidades en las que vivían. Asimismo, con el empadronamiento se ha facilitado a las Administraciones públicas competentes la distribución de la población por zonas para prestar los servicios de forma ordenada entre los diferentes centros (sanitarios o educativos). De ahí que la ley se refiriera también al Padrón del domicilio habitual (4).

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 (5), modifica, en su Disposición final

en condición para el ejercicio de derechos». Ambas finalidades son incompatibles (FJ 4). *Vid.* también, en la línea del Voto particular, el trabajo de Aguado i Cudolà, Vicenç: «Padró municipal, dret a la protecció de dades i qualitat de les lleis: la resposta del Tribunal Constitucional una dècada després»: (<http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/eapc-rcdp/2013/04/23/padro-municipal-dret-a-la-proteccio-de-dades-i-qualitat-de-les-lleis-la-resposta-del-tribunal-constitucional-una-decada-despres-vicenc-aguado>).

(4) De acuerdo con lo previsto en la Ley 4/1996, de 10 de enero, que modifica los arts. 12 a 18 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y en el Real Decreto 2612/1996, de 20 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de población y demarcación territorial de las entidades locales, aprobado por el Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio. Cfr. sobre el particular, ARBELÁEZ RUDAS, Mónica: «La nueva regulación del derecho a la asistencia sanitaria...», *ob. cit.*, p. 111.

(5) Real Decreto-ley, que entre otras finalidades, según su Exposición de Motivos, tiene como objetivo fundamental «afrontar una reforma estructural del Sistema Nacional de Salud dotándolo de solvencia, viabilidad y reforzando las medidas de cohesión para hacerlo sostenible en el tiempo», dentro del «actual contexto socioeconómico». Hasta el momento, han presentado un recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, las siguientes Comunidades Autónomas: el Parlamento de Navarra contra los arts. 1.Uno y, por conexión, 1.Dos; 2.Dos, Tres y Cinco; 4.Doce, Trece y Catorce y disposición adicional tercera y transitoria primera del Real Decreto-ley 16/2012; el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias contra el art. 10.4 del Real Decreto-ley 16/2012; el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra los arts. 1.uno y dos; 4.uno y cuatro y 10.cuatro y cinco del Real Decreto-ley 16/2012; el Gobierno del País Vasco contra los arts. 1.Dos, 2.Tres y Cuatro y 4.Trece del Real Decreto-ley 16/2012; el Gobierno de Cataluña contra los arts. 1.Uno, Dos y Tres; 4.Uno, Cuatro, Cinco y Catorce; 6, apartados 2 y 3; 8.Dos; 10.Cuatro, y Disposición final sexta del Real Decreto-ley 16/2012, y el Gobierno de Canarias contra los arts. 1; 3; 4.14; 6; 8, apartados 1, 2 y 3; 9; Disposición adicional primera, y Disposición final sexta del Real Decreto-ley 16/2012. Recursos de inconstitucionalidad que han sido admitidos a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional, mediante las providencias de 16 de julio de 2012 (BOE de 24 de julio de 2012), de 13 de septiembre de 2012 (BOE de 21 de septiembre de 2012) y de 12 de febrero de 2013 (BOE de 22 de febrero de 2013). Por el contrario, el Defensor del Pueblo, en la *Resolución de 20 de julio de 2012, con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra 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*, ha considerado insuficientes los razonamientos contenidos

tercera, el art. 12.1 LOEX, que queda redactado de la siguiente manera: «los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria».

En la legislación sanitaria estatal (6) han de tenerse en cuenta fundamentalmente dos leyes: la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. La primera establece en su art. 1.2 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». «Los extranjeros no residentes en España, así como los españoles fuera del territorio nacional», según el art 1.3, «tendrán garantizado el derecho en la forma que las leyes y convenios internacionales establezcan». La segunda, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, que ha sido modificada también por el citado Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, dispone en su art. 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». De acuerdo con lo previsto en esta norma, para ser titular del derecho a la asistencia sanitaria (a la cartera común de servicios), con cargo a fondos públicos y a través del Sistema Nacional de Salud no basta, por tanto, con tener la condición de ciudadano o persona, con ser nacional o extranjero, sino que se exige además acreditar la condición de asegurado (7). Con la introducción en el Real Decreto-ley de la categoría de «asegurado», se vincula expresa y directamente el derecho a la asistencia sanitaria pública con el sistema contributivo de la Seguridad Social. Se man-

en las solicitudes recibidas para interponer un recurso de inconstitucionalidad contra el art. 1, apartados uno y tres, del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. En concreto, esta institución ha decidido no interponer el recurso de inconstitucionalidad al entender que no existe vulneración de los arts. 10.2, 13.1, 14 y 43 CE por el precepto citado del Real Decreto-ley 16/2012. Véanse, al respecto, los FFJJ 3.º, 4.º y 5.º de la Resolución del Defensor del Pueblo de 20 de julio de 2012: (<http://www.defensordelpueblo.es/es/ Documentacion/ Recursos/ inconstitucionalidad /PDFs/Resolucion.pdf>).

(6) Elaborada al amparo del art. 149.1.1, 16 y 17 CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en las materias de bases y coordinación general de la sanidad y del régimen económico de la Seguridad Social.

(7) De hecho llama la atención la modificación del texto que encabeza el epígrafe del art. 3 de la Ley. En la redacción anterior se hablaba de «titulares de los derechos», reconociendo en el apartado 1.º que son «titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria los siguientes...». Tras la reforma del art. 3 de la Ley por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, la redacción del epígrafe que encabeza el art. 3 alude a «la condición de asegurado» y no a los titulares del derecho.

tiene, e incluso se refuerza, la conexión entre los Sistemas Nacional de Salud y de Seguridad Social (8).

Es el apartado 2.º del art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, el que 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.

Esta regulación de las personas que pueden poseer la condición de asegurado excluía del derecho a la sanidad, según se ha dicho, a ciertos colectivos de ciudadanos nacionales, como los mayores de 26 años que no hubiesen accedido todavía a su primer empleo. Esta situación se corregirá con el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, que se publica en desarrollo del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, y 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. En él se concretan y amplían las personas que pueden «ostentar» la condición de asegurado, contenida en el apartado 2.º del art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo (9).

(8) El Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, interrumpe un proceso de universalización del derecho a la salud, iniciado con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, ya que, aunque el Real Decreto-ley 16/2012 habla también de sanidad «universal», lo cierto es que deja fuera del sistema sanitario público a determinados colectivos como los inmigrantes en situación administrativa irregular (que podían acceder al mismo, siempre que estuviesen empadronados, desde la modificación de la LOEX por la LO 2/2009) o los mayores de 26 años que no hayan accedido aún a su primer empleo, salvo en determinados casos, según se verá seguidamente. 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.

(9) Se concretan, e incluso se corrigen, en el art. 2.1.a) del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, los supuestos c) y d) del apartado 2.º del art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, tal y como habían sido redactados por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. Así, ahora se dice en el art. 2.1.a) del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, que «a efectos de lo dispuesto en este Real Decreto, son personas que ostentan la condición de aseguradas las siguientes: a) Las que se encuentren comprendidas en alguno de los supuestos previstos en el artículo 3.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que son los siguientes: «3.º Ser perceptor de cualquier otra

Así, además de las personas que se encuentren comprendidas en alguno de los supuestos previstos en el art. 3.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, ostentan la condición de aseguradas las 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» (art. 2.1.b del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto) (10). Esta cláusula 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.

El reconocimiento y control de la condición de asegurado se atribuye al Instituto Nacional de la Seguridad Social, estableciéndose reglamentariamente los requisitos y documentos que han de presentarse para obtener dicha condición (11). Una vez reconocida la condición de asegurado por este organismo estatal, corresponde a las Administraciones sanitarias competentes (las autonómicas), en el ejercicio de funciones ejecutivas, 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 (art. 3 *bis* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo) (12).

prestación periódica de la Seguridad Social, *como* la prestación y el subsidio por desempleo u otras de similar naturaleza. 4.º Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo u *otras prestaciones de similar naturaleza y encontrarse en situación de desempleo*, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título. Este supuesto no será de aplicación a las personas a las que se refiere el art. 3 *ter* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo». La cursiva es nuestra y comprende los términos que el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto modifica en los supuestos c) y d) del apartado 2.º del art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, según la redacción efectuada por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril.

(10) También «los menores de edad sujetos a tutela administrativa tendrán la consideración de personas aseguradas, salvo en los casos previstos en el artículo 3 *ter* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo» (art. 2.2 Real Decreto 1192/2012).

(11) Véanse los arts. 5 y 6 del 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.

(12) Ha de recordarse que la Disposición transitoria primera del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, había previsto que «las personas que, con anterioridad a la entrada en

El apartado 3.º del art. 3 de la Ley 16/2003 contiene una disposición destinada, entre otras personas, a los extranjeros. En él se establece que los extranjeros residentes, esto es los que sean «titulares de una autorización para residir en territorio español (si no cumplen alguno de los supuestos mencionados en el apartado 2.º podrán ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superen el límite de ingresos determinado reglamentariamente» (cien mil euros, conforme al citado art. 2.1.b) del Real Decreto 1192/2012).

En consecuencia, 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 (con autorización de residencia vigente) y tener la condición de asegurado, según los supuestos previstos en el art. 3.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. En el caso de que no concurra alguno de los supuestos del art. 3.2 de la Ley 16/2003, 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 (art. 2.1.b.3.º del Real Decreto 1192/2012)(13).

Los extranjeros que se encuentren en situación irregular, aunque se hallen inscritos en el Padrón municipal, ya no podrán 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 art. 3 *ter* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, añadido por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de

vigor de este Real Decreto-ley, tuvieran acceso a la asistencia sanitaria en España, podrían seguir accediendo a la misma hasta el día 31 de agosto de 2012 sin necesidad de acreditar la condición de asegurado en los términos previstos en el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo».

(13) Existen dos colectivos de extranjeros, con autorización de permanencia o de estancia, que aunque no tengan la condición de asegurados, pueden recibir también asistencia sanitaria en España. Se trata de 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. Estas personas recibirán, mientras permanezcan en esa situación, asistencia sanitaria con la extensión prevista en la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud, regulada en el artículo 8 *bis* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo. Véanse las disposiciones adicionales cuarta y quinta del 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, modificadas por 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, de los que nos ocuparemos más adelante.

abril. Precepto que reproduce lo dispuesto ya en los apartados 2.º, 3.º y 4.º del art. 12 LOEX. En este sentido, se establece que «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» (14). «En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles» (15).

De conformidad con lo dispuesto en el art. 3.5 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, la Disposición adicional tercera del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, prevé que mediante una Orden del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad podrán determinarse los requisitos de un convenio especial por el que podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria, a cambio del pago de una contraprestación o cuota, aquellas personas que, no teniendo la condición de aseguradas o beneficiarias, no tengan acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro

(14) Como medida de protección para las madres extranjeras gestantes, los arts. 57.6 y 58.4 LOEX disponen que las mujeres embarazadas no podrán ser devueltas ni expulsadas cuando las medidas de expulsión o devolución puedan suponer un riesgo para la gestación o la salud de la madre.

(15) Previsiones normativas que se establecen de conformidad con lo contemplado en algunos tratados y convenios internacionales como el art. 25, apartado primero, de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 (publicado en <http://www.un.org/es/documents/udhr/>), o el art. 24.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989 (con entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990) (publicado en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>). Aun así, la Disposición adicional octava del 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, introduce un matiz de carácter económico (copago de prestaciones) para los supuestos especiales de asistencia sanitaria pública del art. 3 *ter* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, que se aleja de algún modo de lo previsto en los tratados internacionales: «Los extranjeros menores de dieciocho años no registrados ni autorizados como residentes en España (...) tendrán derecho a la asistencia sanitaria pública por el Sistema Nacional de Salud con la misma extensión reconocida a las personas que ostentan la condición de aseguradas, siendo el tipo de aportación del usuario para las prestaciones de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud que la exijan el correspondiente a los asegurados en activo». «Las mujeres extranjeras embarazadas no registradas ni autorizadas como residentes en España (...) tendrán derecho a que el Sistema Nacional de Salud les proporcione la asistencia al embarazo, parto y postparto con la misma extensión reconocida a las personas que ostentan la condición de aseguradas, siendo el tipo de aportación de la usuaria para las prestaciones de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud que la exijan el correspondiente a los asegurados en activo».

título. Entre estas personas podrían estar los extranjeros irregulares. El Ministerio no elabora una Orden, sino un Real Decreto, el RD 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 (16).

El art. 3 de esta norma establece quiénes podrán suscribir el convenio especial de prestación de asistencia sanitaria. Han de ser personas que residan en España y que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud. Podría extenderse a los inmigrantes en situación irregular. No obstante, la norma exige la observancia de los siguientes requisitos complementarios: 1.º «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». La residencia efectiva podrá probarse mediante el correspondiente permiso de residencia, pero la norma no especifica si también podría acreditarse por otros medios (el certificado de empadronamiento), por lo que el cumplimiento de este requisito podría quedar a la libre apreciación de quién examine la solicitud. 2.º «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». 3.º 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, podrán suscribir personalmente este tipo de convenio especial los españoles que nunca hayan trabajado y que tengan ingresos superiores a los cien mil euros al año (rentistas). También los europeos y los na-

(16) Esta norma publicada en el BOE de 27 de julio de 2013 (con entrada en vigor el día 1 de septiembre de 2013), tiene rango de Real Decreto, porque, como se indica en su exposición de motivos, se está ante el título competencial del Estado del art. 149.1.16 CE, las bases y coordinación general de la sanidad, tal y como se reconoció en jurisprudencia constitucional, entre otras, en la STC 213/1994, de 14 de julio, y porque, al mismo tiempo se modifica la Disposición adicional tercera del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto. En la exposición de motivos del Real Decreto se afirma también que «el contenido prestacional al que puede acceder la persona que suscriba el convenio especial tiene carácter básico y, en consecuencia, podrá ser incrementado por las Comunidades Autónomas mediante la inclusión en dicho convenio de otras prestaciones asistenciales propias de la cartera de servicios complementaria de las Comunidades Autónomas».

cionales de terceros países que durante su estancia (legal o ilegal) 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. La formalización del convenio especial solamente podrá realizarse con el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria o con la Administración pública autonómica que corresponda, en función del municipio en el que aquellas personas se encuentren empadronadas (art. 2.1). La firma del convenio especial no conllevará la expedición de la tarjeta sanitaria para la persona que lo suscriba (art 57 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, y art. 4 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto).

El convenio especial de prestación de asistencia sanitaria facilitará a las 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», es decir, las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente (art 2.2). Se excluye, por tanto, el acceso a las prestaciones de la cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud (art. 8 *ter* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo), esto es, la prestación farmacéutica, la prestación ortoprotésica y el transporte sanitario no urgente (debiendo abonar la totalidad del coste de dichas prestaciones). Tampoco podrá accederse a las prestaciones de la cartera común de servicios accesorios del Sistema Nacional de Salud (art. 8 *quáter* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo), es decir, a las actividades, servicios o técnicas de apoyo a la mejora de una patología de carácter crónico. Sin embargo, por su carácter básico, 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 (art. 8 *quinquies* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo), siempre que la Comunidad Autónoma las haya incorporado en el convenio especial (art.2.2).

El convenio especial de prestación de asistencia sanitaria deberá tener, al menos, el siguiente contenido (art. 5.1): a) «datos de identidad de la persona que suscribe el convenio especial»; b) «fecha de su formalización»; c) «contraprestación económica a abonar por la persona que suscriba el convenio especial, así como su forma de pago»; d) «condiciones particulares y forma de

utilización de las prestaciones sanitarias por parte de la persona que suscriba el convenio especial»; e) «las causas de extinción del convenio especial».

La contraprestación económica mínima que ha de abonar la persona que suscriba el convenio especial (art. 6) 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 cuota mensual podrá ser incrementada por las Comunidades Autónomas cuando incorporen en el convenio especial otras prestaciones asistenciales de la cartera de servicios complementaria de la Comunidad Autónoma. Se trata de cuotas que, por lo general, se asemejan a las de algunas aseguradoras privadas, pero que pueden resultar onerosas para aquellos extranjeros irregulares que estén atravesando verdaderas dificultades económicas, con el añadido de que tienen que afrontar el coste de las prestaciones no incluidas en la cartera común básica.

En suma, de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, que modifica la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, la atención sanitaria, con carácter público y gratuito, a los extranjeros irregulares mayores de edad se limita exclusivamente a los casos de urgencia por enfermedad grave o accidente y hasta que reciban el alta médica (17). A pesar de la indeterminación jurídica de los conceptos generales de «enfermedad grave o accidente» (18), la atención en urgencias habrá de prestarse por los profesionales sanitarios a los extranjeros, en todo caso, siempre que exista un grave riesgo para su salud y para su vida e integridad física. De este modo la norma citada se conectaría con el mandato que el art. 43 CE dirige expresamente a los poderes públicos para tutelar la salud de las personas mediante las correspondientes prestaciones y servicios sanitarios y con la obligación de preservar el derecho fundamental a la vida y a la integridad física reconocido en el art. 15 CE.

(17) El art. 64.2.b) LOEX atribuye también a los extranjeros que se encuentren en una situación de prórroga del plazo de cumplimiento voluntario o de aplazamiento o suspensión de la ejecución de la expulsión, el derecho a la atención sanitaria de urgencia y al tratamiento básico de enfermedades. Con carácter específico, el art. 62 *bis*.1 LOEX reconoce también el derecho a recibir asistencia médica y sanitaria adecuada a los extranjeros que hayan ingresado en centros de internamiento, que habrán de disponer de servicios de asistencia sanitaria con dotación suficiente (art. 62 *bis*.2).

(18) Algunas pautas sobre la interpretación del concepto de «enfermedad grave» y de la limitación que para el ejercicio del derecho puede conllevar una interpretación restrictiva del mismo, pueden verse en ARBELÁEZ RUDAS, Mónica: «La nueva...», cit., pp. 112-113; ARBELÁEZ RUDAS, Mónica, y GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia: «El derecho...», cit., pp. 443-444; y JOVER GÓMEZ FERRER, Rafael; ORTEGA CARBALLO, Carlos, y RIPOL CARULLA, Santiago: *Derechos...*, cit., pp. 182-183.

II. EXAMEN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL REAL DECRETO-LEY 16/2012, DE 20 DE ABRIL, QUE PRIVA DEL DERECHO DE ASISTENCIA SANITARIA A LOS INMIGRANTES IRREGULARES, SALVO DETERMINADAS SITUACIONES

1. *La utilización del Decreto-ley*

Creo que las reformas de la LOEX y de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, por su entidad y por la materia regulada, debieran de haberse llevado a cabo mediante un proyecto de ley del Gobierno, tramitándose en las Cortes por el procedimiento legislativo ordinario o de urgencia y no acudiendo a la norma extraordinaria del Decreto-ley; del que, por otro lado, se está haciendo un uso desmedido y abusivo por el Gobierno en lo que va de legislatura (28 en el año 2012 y 14 en el 2013) (19). Incluso,

(19) Esta utilización abusiva y desproporcionada por el Gobierno del Decreto-ley constituye una alteración del equilibrio institucional que en materia de fuentes (de producción normativa) ha de existir entre el Parlamento y el Gobierno, hasta el punto de que el Gobierno se ha convertido en el «señor de las fuentes». *Vid.* CARTABIA, Marta: «Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici»: (publicado en <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2011/10/cartabia.pdf>). También en «Il governò signore delle fonti? Introduzione». En *Gli atti normativi del governò tra Corte costituzionale e giudici*. M. Cartabia, E. Lamarque y P. Tanzarella (dirs.), Giappichelli, Turín, 2011, pp. 9 y ss. CARRILLO, Marc: «L'impacte de la crisi sobre els drets de l'àmbit social». *Revista catalana de dret públic*, n.º 46 (2013), pp. 56-60, pone manifiesto cómo la «desbocada dinámica de afrontar las medidas jurídicas contra la crisis hace abstracción de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el decreto ley»; que, por regla general, se ha mostrado «muy flexible en relación con el juicio jurídico que corresponde hacer en cada caso sobre el presupuesto de hecho habilitante del art. 86.1 CE (en caso de extraordinaria y urgente necesidad)». Aunque, como expresa el autor, la permisividad jurisprudencial que se atribuye al Gobierno sobre el juicio de oportunidad, no legitima la utilización indiscriminada de los decretos leyes. La «fecundidad» y «feracidad» normativa para dictar Decretos-leyes se ha extendido también en España a algunas Comunidades Autónomas, como señala, para las Islas Baleares, BLASCO ESTEVE, Avelino: «Gobernar por decreto-ley» (publicado en <http://www.diariodemallorca.es>). Comparto la crítica que este autor realiza sobre la utilización habitual e indiscriminada que se está haciendo de los Decretos-leyes, hasta el punto de convertirse «en un modo alternativo de gobernar», en una «alteración inadmisibles de las relaciones entre el órgano máximo del poder ejecutivo» y «el órgano de representación popular o poder legislativo», que es el que «expresa directamente la voluntad del titular de la soberanía». Me sumo también a las críticas formuladas por DE LA IGLESIA CHAMORRO, Asunción: «Los Decretos-leyes autonómicos en España: una aproximación crítica», *Osservatorio sulle fonti: (Osservatoriosullefonti.it)*, fasc. 1/2013), pp. 5-6, 18-19 y 26, cuando considera que el Decreto-ley autonómico se ha convertido en algunas Comunidades Autónomas en un instrumento legislativo ordinario,

aun habiéndose elaborado el Decreto-ley por el Gobierno, el Congreso tenía en sus manos la opción de haber tramitado dicha norma como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia.

Las dos vías hubieran facilitado un debate y una deliberación parlamentaria más amplia y participativa, más acorde con el principio democrático, como merece, sin duda alguna, una reforma del calado de la realizada por el Decreto-ley sobre el sistema sanitario. Mediante esas vías se hubieran podido introducir enmiendas parciales o presentar un texto alternativo, con la participación además de las dos cámaras parlamentarias. De este modo, podría haberse evitado también la mayoría, sino la totalidad, de las setenta y tres correcciones de errores que se han detectado en una norma de diez artículos, que son los que contiene el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. Con la advertencia de que algunas correcciones no son meros cambios gramaticales, sino que introducen en la norma modificaciones de cuestiones sustanciales (20).

Por otro lado, no ha de olvidarse, como ha recordado el Tribunal Constitucional, que el ejercicio de esta potestad legislativa excepcional por el Gobierno «supone una sustitución del Parlamento por el Gobierno y constituye una excepción al procedimiento legislativo ordinario y a la participación de las minorías que éste dispensa» (STC 137/2011, de 14 de septiembre, FJ 4).

desplazando incluso al Parlamento en su tarea de legislar; o cuando reconoce «la laxitud con la que se está interpretando el presupuesto de hecho habilitante o la indiscriminada aprobación de Decretos-leyes sea sobre disposiciones con rango de ley o reglamentario», por no hablar también de las dificultades para controlar la constitucionalidad de estas disposiciones autonómicas con fuerza de ley, sobre las que puede consultarse también la obra de DONAIRE VILLA, Francisco Javier: *Las normas con fuerza de ley de las Comunidades Autónomas: las figuras del decreto legislativo y del decreto-ley autonómicos*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2012.

(20) Como las de las páginas «31287, artículo 2, apartado tres (apartado 5 del artículo 8 ter que se añade), tercera línea, donde dice: "... sin que se aplique ningún límite de...", debe decir: "... sin que se aplique el mismo límite de..."; o «31297, artículo 4, apartado trece (párrafo d), del apartado 5 del artículo 94 bis que se añade), segunda línea, donde dice: "... como pensionistas de la Seguridad Social,..."», debe decir: "... como pensionistas de la Seguridad Social y sus beneficiarios,..."». Véase, al respecto, el BOE n.º 116, de 15 de mayo de 2012, en el que se publica la *Corrección de errores del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones*. La existencia de numerosos errores en el Real Decreto-ley evidencia, a todas luces, las prisas del Gobierno-legislador por sacar adelante una norma sin dedicarla el tiempo suficiente para su maduración y perfeccionamiento.

2. *El presupuesto habilitante: la situación de extraordinaria y urgente necesidad*

Considero que existen serias dudas sobre la constitucionalidad de la medida adoptada por el Decreto-ley 16/2012, modificando la LOEX y la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, como así expondré a continuación. Ahora bien, reconozco igualmente que algunas de estas dudas de inconstitucionalidad no prosperarán si se tiene en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el Decreto-ley. Son muy pocos los casos en los que el Tribunal ha declarado inconstitucional esta norma por la falta de algunos de los requisitos constitucionales previstos en el art. 86 CE, en particular por la falta del presupuesto habilitante, la situación de extraordinaria y urgente necesidad (21).

El Gobierno explica de forma muy somera, en los apartados I y II del Preámbulo del Decreto-ley, los argumentos y los motivos que justifican el requisito de la extraordinaria necesidad y la aprobación de la norma: el sistema sanitario público atraviesa una «situación de grave dificultad económica sin precedentes desde su creación»; con «una alta morosidad y en insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias». «Se hace, pues, imprescindible la adopción de medidas urgentes que garanticen su futuro y que contribuyan a evitar que este problema persista».

Se trata pues de una breve justificación basada en motivos exclusivamente económicos y que con carácter general se aplica a todas las medidas reformadoras que sobre el sistema sanitario se introducen en el Decreto-ley: ya sea la restricción del derecho de asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, ya sea la solución al problema del turismo sanitario, o ya sean los problemas de recursos humanos o de prestaciones farmacéuticas.

El debate parlamentario de convalidación del Decreto-ley tampoco añade otras razones que justifiquen la adopción de dichas medidas. La Ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad reitera prácticamente lo expuesto en el Preámbulo de la norma cuando afirma: «Señorías he tratado de exponer brevemente a la Cámara los puntos más importantes de este real decreto-ley. Una reforma que tiene tres objetivos fundamentales: El primero, garantizar la sostenibilidad de un Sistema Nacional de Salud cuya deuda, más aún en

(21) En los últimos años, algunas de las decisiones del Tribunal Constitucional que han declarado la inconstitucionalidad de un Decreto-ley por no haber justificado suficientemente la situación de extraordinaria y urgente necesidad o por falta de conexión entre las medidas adoptadas y la situación de urgencia, han sido las SSTC 68/2007, de 28 de marzo, 31/2011, de 17 de marzo, y 137/2011, de 14 de septiembre.

este contexto de crisis, se ha vuelto insostenible; el segundo, actuar con urgencia y determinación para impedir que la situación económica del Sistema Nacional de Salud se volviese irreversible, y el tercero, preservar y garantizar el derecho de todos los españoles a una sanidad pública, universal, gratuita y de la máxima calidad. Sin duda, el último de estos objetivos es el más importante y es el que nos ha movido a elaborar este real decreto-ley, pero también les diré que los dos primeros se vuelven condición *sine qua non* para lograrlo» (22).

Aun así y a pesar de la parquedad de la justificación, esta podría ser suficiente para el Tribunal Constitucional, a la hora de admitir la concurrencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad, cuya existencia es apreciada por el Gobierno, dentro del margen de discrecionalidad política que le corresponde, y ante una coyuntura económica desfavorable que le obliga a actuar de forma inmediata.

Y es que, de acuerdo con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, «la apreciación de la concurrencia de circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad constituye un juicio político o de oportunidad que corresponde al Gobierno en primer término y al Congreso de los Diputados en el ejercicio de la función de control parlamentario, no siendo posible un control por parte de este Tribunal de esa valoración que permita una revisión de fondo del juicio político, más allá de la constatación de que no se trata de una decisión abusiva o arbitraria». El examen de la concurrencia del presupuesto habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad» se llevará a cabo «mediante la valoración conjunta de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar el decreto-ley y que son, básicamente, los que quedan reflejados en la exposición de motivos de la norma, a lo largo del debate parlamentario de convalidación, y en el propio expediente de elaboración de la misma» (23).

En relación con el requisito de «la urgente necesidad», ha de repararse que ni el Preámbulo del Decreto-ley ni el debate parlamentario de convalidación de dicha norma apenas contienen razones expresas y suficientes para justificarlo. Incluso del texto del Decreto-ley se deduce que la reforma del

(22) Intervención de la Ministra que puede verse en los debates parlamentarios para la convalidación 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 (Número de expediente 130/000017). *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, Sesión Plenaria, n.º 30, de 17 de mayo de 2012, p. 58: (http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/PL_031.PDF).

(23) Cfr. el FJ 1, del Voto particular formulado a la STC 137/2011, en el que se reitera lo manifestado en otras decisiones anteriores como las SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 3; 11/2002, de 17 de enero, FJ 4; 137/2003, de 3 de julio, FJ 3 y 189/2005, de 7 de julio, FJ 3.

sistema sanitario no se implantaría, como así ha sucedido, hasta el mes de septiembre, según lo expresado en la Disposición transitoria primera. Aunque también podría entenderse que el periodo de cuatro meses es el que se precisaba para llevar a cabo la gestión necesaria para su aplicación.

En definitiva, creo que ni el Preámbulo del Decreto-ley ni el debate parlamentario de convalidación acreditan, al menos de forma explícita y suficientemente razonada –a diferencia de lo que se hace con otras medidas como las relacionadas con la prestación farmacéutica o los recursos humanos–, la conexión necesaria que ha de existir entre la situación de urgencia definida (la grave dificultad económica que atraviesa el sistema sanitario público) y la medida que se adopta en el Decreto-ley de privar de la asistencia sanitaria pública y gratuita a los extranjeros en situación irregular, salvo la alusión genérica a la situación de crisis económica. Esta sería la única razón que determinaría la relación directa congruente entre la medida adoptada y la situación que se trata de afrontar con el Decreto-ley.

Por otro lado, la crisis económica y la grave dificultad económica que atraviesa el sistema sanitario público tendrán un carácter provisional y transitorio, una duración limitada en el tiempo, de tal manera que cuando mejore la situación económica del país y disminuyan las dificultades económicas que afectan al sistema sanitario público, desaparecerán las circunstancias que han configurado la situación de extraordinaria y urgente necesidad, y que han servido, por lo tanto, de fundamento a la adopción de la medida limitadora introducida por el Real Decreto-ley. En esta hipotética situación, no es descartable que, dentro de un tiempo determinado, pueda plantearse una cuestión de inconstitucionalidad por un órgano judicial al considerar que se ha extinguido el presupuesto habilitante del Decreto-ley que motivó la privación del derecho de asistencia sanitaria a los extranjeros irregulares.

3. El derecho a la protección de la salud como materia objeto de regulación por Decreto-ley y su limitación por motivos económicos

Por lo que se refiere a las materias excluidas del Decreto-ley, si se acude a la interpretación literal del art. 86.1 CE, el Real Decreto-ley 16/2012 no lesionaría lo dispuesto en la norma constitucional, pues se está ante una materia que no afecta formalmente a un derecho fundamental, sino a un derecho prestacional, a un principio rector de la política social y económica, como es el derecho a la protección de la salud, del art. 43 CE, que no está excluido del ámbito material de regulación del Decreto-ley. Como se indica en el Preámbulo del Real Decreto-ley 16/2012, el límite material relativo a que no

«afecte», «en el sentido constitucional del término, a las materias excluidas en el artículo 86 de la Constitución Española», «necesariamente se relaja al encontrarnos en presencia de un principio rector de la política social y económica del Capítulo III del Título I de la Constitución».

Sin embargo, creo que este criterio eminentemente formalista encuentra ciertas dificultades cuando estamos, en primer lugar, ante un derecho prestacional, como es el derecho a la salud, que tiene una clara conexión con el derecho fundamental a la vida e integridad física de las personas del art. 15 CE, ya que si se pone en grave peligro la salud de las personas al negárseles la atención sanitaria requerida, se estaría afectando también a los bienes jurídicos de la vida e integridad física, tutelados por el derecho del art. 15 CE.

En segundo lugar, porque estamos ante un derecho constitucional materialmente fundamental y de titularidad universal, que guarda una relación estrecha con la dignidad humana, que tiende a igualar a todas las personas en derechos por su condición de seres humanos (24).

Y, en tercer lugar, porque el derecho a la salud y a la asistencia sanitaria es un derecho cuya titularidad y ejercicio se ha consolidado en España, desde el año 2000, para los inmigrantes irregulares en los casos de urgen-

(24) Vid. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan J.: «El tiempo de la precipitación», *Diario El País*, de 1 de mayo de 2012 (<http://elpais.com>, 1 de mayo) y «Una revisión de la teoría de los derechos fundamentales», *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 4 (2001), p. 112 [también publicado en la *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 58 (2000)], quien considera a los derechos sociales como derechos fundamentales, sin perjuicio del reconocimiento de ciertas especificidades importantes en su régimen. Para el profesor Solozábal, «la verdadera fuente de la fundamentalidad radica en la relación del derecho con la dignidad de la persona y el funcionamiento democrático de la sociedad». Cierto es que, a veces, en relación con las normas reconocedoras de los derechos sociales, nos encontramos ante normas exclusivamente programáticas, porque solamente obligan a los poderes públicos, sin atribuir derechos a los ciudadanos; pero también no ha de olvidarse que el «principialismo de las cláusulas prescriptivas es inherente a todas ellas aunque en grado diferente (desde este punto de vista no es mucho más concreto el derecho a la educación del artículo 27 CE que el de la protección a la salud del artículo 43 CE, dependientes ambos de una especificación de sus facultades y de la organización de un servicio público que los garantice), pues con independencia de su aplicación inmediata, todos los derechos fundamentales –o casi– necesitan finalmente de configuración legal». También configura el derecho social a la salud como un derecho materialmente fundamental, ESCOBAR ROCA, Guillermo: «Algunos problemas del derecho a la salud, a la luz de la teoría general de los derechos fundamentales». En CASCAJO CASTRO, José Luis; TEROL BECERRA, Manuel; DOMÍNGUEZ VILA, Antonio, y NAVARRO MARCHANTE, Vicente (coords.): *Derechos sociales y principios rectores*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, p. 567; «Los derechos fundamentales sociales y la protección de la salud». En *Revista de Derecho Político* 71-72 (2008), pp. 126 y ss. y «El derecho a la protección de la salud». En ESCOBAR ROCA, Guillermo (dir.): *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 1073 y ss.

cia y, desde el año 2009, en los casos de atención primaria y especializada, siempre que los inmigrantes irregulares estuviesen empadronados. La privación por el Decreto-ley 16/2012 de estas prestaciones sanitarias a los inmigrantes irregulares empadronados supone un retroceso, un paso atrás, en una conquista social adquirida y consolidada durante unos años por dicho colectivo. Si se considera al derecho a la salud como un derecho exclusivamente de carácter prestacional, cuyo contenido es determinado por el legislador en función de los recursos económicos disponibles y de las prioridades de gasto de la mayoría política del momento, conforme a la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional para esta categoría de derechos (STC 97/1990, de 24 de mayo), no procedería aplicar la teoría de la «irreversibilidad» de las conquistas sociales. Esta doctrina se aplicaría solamente a la categoría de los derechos fundamentales o al contenido de los derechos sociales fijado expresamente en el Texto constitucional, el cual sería indisponible para el legislador. No obstante, si se tiene en cuenta la consideración del derecho a la salud como un derecho fundamental social, conectado incluso con otros derechos fundamentales, podría admitirse un cierto grado de «irreversibilidad»; de tal modo que la introducción de medidas limitadoras al derecho configurado legalmente debería ir acompañada de una justificación por el legislador, para evitar, precisamente, las restricciones desproporcionadas de las conquistas sociales (25).

A lo anterior, habría que añadir también la interpretación del derecho a la protección de la salud, proclamado en el art. 43 CE (aunque se halle ubicado en el Capítulo III del Título I de la Constitución), de conformidad con lo dispuesto en la Declaración Universal de Derechos Humanos y de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (art. 10.2 CE). En este sentido, algunas de las disposiciones de tratados y acuerdos internacionales que, en materia de derechos humanos, reconocen el derecho a la salud de forma universal son el art. 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el art. 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); el apartado 11, de la Parte I y los arts. 11 y 13, de la Parte II, de la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961, ratificada por España el 29 de abril de 1980; o el art. 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El carácter universal del derecho a la salud se deduce de la utilización en estas normas internacionales del vocablo

(25) Esta formulación de la teoría de la «irreversibilidad» de las conquistas sociales, que conlleva una cierta desconfianza y una presunción de inconstitucionalidad respecto de las medidas limitativas de los derechos sociales delimitados legalmente, es la propuesta por COURTIS, Christian y ABRAMOVIC, Víctor: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 92-116.

«toda persona» por el que se designa al titular del derecho (26). Titularidad que se afirma con independencia de la condición de nacional o extranjero, e incluso de la situación legal o administrativa en España, o de la condición de trabajador o asegurado. Y ello, sin perjuicio de que exista también una protección internacional para los trabajadores inmigrantes, como es la que se deduce del art. 28 de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 1990, que les otorga el derecho a recibir atención médica urgente «para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate». Atención médica de

(26) Así, el art. 25.1 DUDH, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948, establece que «*toda persona*» tiene derecho «a un nivel de vida adecuado que le asegure (...) la salud (...), la asistencia médica» (publicado en <http://www.un.org/es/documents/udhr/>). El art. 12.1 PIDESC, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (con entrada en vigor el 3 de enero de 1976), reconoce el derecho de «*toda persona*» al disfrute del «más alto nivel posible de salud física y mental», imponiendo a los Estados parte la obligación de adoptar determinadas medidas que garanticen la plena efectividad del derecho (art. 12.2) (publicado en <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>). En el ámbito de la Unión Europea, el art. 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, en su versión adaptada tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, dispone que «*toda persona* tiene derecho a acceder a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales» (publicado en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:es:pdf>). En el seno del Consejo de Europa, ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) ni ninguno de sus Protocolos Adicionales, contienen una norma acerca del derecho a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria. Sí la tiene la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961, ratificada por España el 29 de abril de 1980, concretamente el apartado 11, de su Parte I, cuando establece como objetivo de la política de las partes firmantes, que «*toda persona* tiene derecho a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar», regulando de forma más detallada, en sus arts. 11 y 13, de su Parte II, el derecho a la salud y a la asistencia médica, a través de la adopción de diversas medidas preventivas, educacionales y asistenciales. Ahora bien, en el Anexo a la Carta Social Europea, apartado primero, cuando alude a su ámbito de aplicación, establece que «... las personas a las que se refieren los arts. 1 a 17 solo comprenden a los extranjeros que, siendo súbditos de otras partes contratantes, residan legalmente o trabajen regularmente dentro del territorio de la parte contratante interesada...». Norma de la que podría deducirse la no extensión del derecho a la protección de la salud a los extranjeros irregulares. Si bien, a continuación permite a los Estados parte atribuir los derechos a otras personas: «esta interpretación no excluye la extensión de derechos análogos a otras personas por cualquiera de las partes». Ha de advertirse también que la Carta Social Europea ha sido revisada ampliamente el 3 de mayo de 1996, dando lugar a la Carta Social Revisada. Ésta ha sido firmada por España el 23 de octubre de 2000, pero todavía no ha sido ratificada (<http://www.coe.int/t/dGHI/monitoring/Socialcharter/Presentation/ESCRBooklet/Spanish.pdf>).

urgencia que «no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo».

Ahora bien, si se examina la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos sociales, pueden obtenerse también algunos argumentos que avalarían la constitucionalidad de la medida restrictiva del derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares, introducida por motivos económicos por el legislador de urgencia en el Real Decreto-ley 16/2012. Entre esos argumentos pueden destacarse los siguientes.

1.º El derecho a la asistencia sanitaria y a sus prestaciones y servicios se identifica con el derecho a la protección de la salud, reconocido en el art. 43 CE como un derecho de prestación, como un principio rector de la política social y económica, por el que los poderes públicos se comprometen a organizar y tutelar un sistema de salud pública mediante las medidas, prestaciones y servicios necesarios (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3).

2.º Este derecho «no es absoluto e ilimitado», sino que, «por el contrario, se trata de un derecho prestacional y de configuración legal, cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio corresponde delimitarlos al legislador atendiendo a los intereses públicos y privados implicados y a las concretas disponibilidades presupuestarias (STC 16/1994, FJ 3)» (STC 95/2003, de 22 de mayo, FJ 3). Conforme ha dicho también el Tribunal, «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» (ATC 96/2011, de 21 de junio, FJ 6).

3.º Dentro de la amplia libertad de configuración legal, «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. Esta opción no es constitucionalmente ilegítima, como ya ha sido puesto de manifiesto por diversas decisiones de este Tribunal...» (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 4)(27).

(27) Si bien con un matiz para determinados derechos constitucionales «dicha opción está sometida a los límites constitucionales señalados puesto que el incumplimiento de los requisitos de estancia o residencia en España por parte de los extranjeros no permite al legislador privarles de los derechos que les corresponden constitucionalmente en su condición

4.º Por último, el Tribunal ha reconocido, en relación con el derecho a la protección de la salud que «tanto el mantenimiento del sistema público de Seguridad Social (art. 41 CE) como el reconocimiento del derecho a la salud (art. 43 CE) y, consecuentemente, la obligación de los poderes públicos de organizarla y tutelarla mediante las medidas, prestaciones y servicios necesarios (art. 43 CE), se contienen en el Título I del Texto constitucional, lo que permite establecer la relación entre ellos y la previsión ya mencionada del art. 13.1 CE, deduciéndose el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria en las condiciones fijadas por las normas correspondientes» (STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 3).

Estas condiciones se han fijado en la LOEX, según lo dispuesto, con carácter general, en el art. 3: «los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley Orgánica» y con carácter específico, para el derecho a la asistencia sanitaria, en el art. 12.1: «los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria». Esta legislación es, según se ha dicho, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (art. 1.2) y la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (art. 3, apartados 1.º a 3.º, modificada por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril).

Aun cuando pueda tenerse en cuenta esta doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional en materia de derechos sociales, aplicable al derecho de protección de la salud del art. 43 CE, creo que 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

de persona, con independencia de su situación administrativa. El incumplimiento de aquellos requisitos legales impide a los extranjeros el ejercicio de determinados derechos o contenidos de los mismos que por su propia naturaleza son incompatibles con la situación de irregularidad, pero no por ello los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España están desposeídos de cualquier derecho mientras se hallan en dicha situación en España». Como recuerda también el Tribunal en la STC 236/2007, de 7 de noviembre (FJ 4), «en la STC 95/2000, de 10 de abril, se debatió si la demandante cumplía la condición exigida a los extranjeros por el artículo 1.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, para poder acceder al derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, a saber, que tengan establecida su residencia en el territorio nacional, sin discutir la constitucionalidad de tal requisito».

principio de proporcionalidad: idoneidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto.

Para ello el Tribunal tendría que comprobar si el legislador de urgencia ha razonado y justificado de forma explícita y suficiente por qué ha restringido, por motivos económicos y también por razón de la nacionalidad y de su situación administrativa, el derecho de asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares. Derecho que, además, venía siendo disfrutado por este colectivo de personas desde hace varios años y en virtud de lo dispuesto en una norma legal. En nuestra opinión, tal y como se ha indicado, al haberse alcanzado un nivel determinado de protección del derecho (conquista social), debiera de exigirse al legislador un plus de motivación cuando establezca limitaciones al derecho; más aún cuando dichas medidas restrictivas entrañen 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). No es suficiente con acudir al mero interés económico (ahorro del gasto público o insuficiencia de fondos públicos), sino que ha de explicarse amplia y razonadamente por qué no existen fondos públicos para atender las prestaciones que antes sí estaban cubiertas, o por qué ahora los escasos fondos existentes se destinan a otras prioridades, a la consecución de otros objetivos o actividades públicas.

Creo que el Tribunal Constitucional, cuando examine la constitucionalidad de esa medida limitadora del derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares, debiera de hacerlo teniendo en cuenta el anclaje y conexión que tiene este derecho con otros derechos fundamentales, en particular con el derecho a la vida y a la integridad física. También acudiendo a la tutela y al reconocimiento universal del derecho en normas internacionales que, además de formar parte de nuestro ordenamiento interno *ex art. 96.1 CE*, de conformidad con el art. 10.2 CE, pueden ser también fuente de interpretación del derecho a la salud reconocido en el art. 43 CE. En este sentido, la medida limitadora del derecho podría ser inconstitucional por vulnerar un derecho fundamental en su dimensión prestacional, acogiendo así una tendencia jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mediante la cual algunos derechos sociales pueden interpretarse por su vinculación con derechos fundamentales.

Un indicio de esta posición podría apreciarse en el ATC 239/2012, de 12 de diciembre. En él se acuerda el levantamiento de la suspensión de la 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 (28). El Tribunal pondera dos intereses generales: de 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, de otro, «el interés general de preservar el derecho a la salud consagrado en el art. 43 CE» (FJ 5).

El Tribunal acuerda el levantamiento de la suspensión de la vigencia de los preceptos del Decreto vasco que se refieren solamente a la ampliación del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria pública y gratuita. Para ello, el Alto Tribunal tiene en cuenta, no solo el mandato que el art. 43 CE dirige a todos los poderes públicos para garantizar la protección de la salud a todos los ciudadanos, sino también «la vinculación entre el principio rector del art. 43 CE y el art. 15 CE, que recoge el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral, en el sentido de lo reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todos, asunto *VO c. Francia*, de 8 de julio de 2004)» (29). Para el Tribunal, «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» (FJ 5).

La razón fundamental por la que el Tribunal acuerda levantar la suspensión de la vigencia de los referidos preceptos del Decreto vasco, «teniendo en cuenta la concreción de los perjuicios derivados del levantamiento o del

(28) Mediante este Decreto se amplía en el País Vasco la cobertura sanitaria a las personas que habían sido excluidas por el Real Decreto-ley 16/2012. El Gobierno de la nación plantea ante el Tribunal Constitucional un conflicto positivo de competencias frente al Gobierno vasco, y contra determinados preceptos del Decreto 114/2012, de 26 de junio. El Tribunal Constitucional admite a trámite el conflicto positivo de competencias y acuerda la suspensión de la vigencia y aplicación del Decreto impugnado. El Gobierno del País Vasco solicita el levantamiento de la suspensión del Decreto. El Tribunal Constitucional resuelve el incidente de suspensión del Decreto del Gobierno vasco en el ATC 239/2012, de 12 de diciembre. El Decreto 114/2012, de 26 de junio, del Gobierno vasco puede consultarse en el *Boletín Oficial del País Vasco*, de 29 de junio de 2012.

(29) Aunque, a nuestro juicio, la sentencia del TEDH, en el asunto *VO c. Francia*, de 8 de julio de 2004, no es la más adecuada para exponer la relación existente entre ambos derechos: el derecho a la vida y el derecho a la salud. Se trata de un caso en el que se pone de manifiesto la falta de consenso en Europa sobre el comienzo de la vida, sobre si el *nasciturus* es titular o no del derecho a la vida, si está o no amparado por el art. 2 CEDH. Un caso que ofrece una relación más estrecha entre dichos derechos es *D. c. Reino Unido*, de 2 de mayo de 1997, en el que un traficante de drogas, después de haber cumplido la pena impuesta, debía ser expulsado a su país de origen. Sin embargo, al estar enfermo de sida y en fase terminal, no podía ser expulsado a su país, ya que en él no existían medios para recibir el complejo tratamiento que requería la enfermedad. Ante el riesgo de muerte que entrañaba su expulsión, y para proteger la vida, integridad física y la salud de la persona extranjera, el Reino Unido debía de continuar proporcionándole la atención sanitaria, evitando incluso incurrir en malos tratos por razones humanitarias.

mantenimiento de la suspensión efectuada por las partes» (30) y «la importancia de los intereses en juego», es «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» (FJ 5).

Aunque el Tribunal Constitucional no se pronuncia sobre el fondo del asunto, el conflicto de competencias (para la sentencia decisoria habrá que esperar todavía unos años más), queda la duda sobre cuál hubiese sido la decisión adoptada por el Tribunal si el Gobierno de la nación hubiese cuantificado el perjuicio económico o la falta de ahorro que para la Hacienda estatal supone la extensión de la cobertura sanitaria realizada por el Decreto vasco. Dicho de otro modo, si el interés general de control del déficit podría prevalecer, a juicio del Tribunal, sobre el interés público de protección de la salud y de la integridad física de las personas (31).

(30) Por el representante del Gobierno vasco se manifiesta que entre los perjuicios asociados al mantenimiento de la suspensión, que supone una «limitación del acceso al derecho a la salud para determinados colectivos vulnerables por sus condiciones socioeconómicas y sociosanitarias», entre los que se encuentran «los inmigrantes sin permiso de residencia» estarían no solo los efectos que se producirían sobre «su estado de salud individual», sino también sobre «la prevención de la propagación de determinadas enfermedades infecto contagiosas, afectando directamente a toda la sociedad». Por el representante del Gobierno de la nación, no se concretan los perjuicios económicos que, asociados al interés del control del déficit público, conllevaría el levantamiento de la suspensión, seguramente, como se afirma en el Auto, porque no sea posible cuantificarlos, «al poder darse la eventualidad de que se produzca sencillamente una transferencia de gasto desde la atención primaria a la atención de urgencias» (FJ 5).

(31) El Tribunal Constitucional mantiene, sin embargo, la suspensión de los preceptos del Decreto vasco relativos a los porcentajes de prestación farmacéutica, al considerar que el Gobierno de la nación demuestra los perjuicios económicos que para el control del déficit implica la aplicación del Decreto: «La Abogado del Estado aporta datos económicos de evolución del gasto farmacéutico en la Comunidad Autónoma del País Vasco (...), que ponen de manifiesto la existencia de un incremento del gasto en la misma durante los dos meses en que estuvo en vigor la norma impugnada, incremento que fue en paralelo a una disminución del gasto en las autonomías en que se aplica en su integridad la norma básica estatal. (...)» «Por su parte el Gobierno vasco no aporta argumentos suficientes, ni datos que permitan inferir que la inaplicación de la resolución impugnada vaya a producir, desde el punto de vista cautelar que ahora hemos de adoptar y huyendo de toda consideración sobre el fondo del asunto, una reducción de la calidad y eficacia de la prestación farmacéutica que revierta en una lesión del derecho a la protección de la salud...» (FJ 6). Ahora bien, habría que plantearse también 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

III. LA DISPAR REACCIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS ANTE LA REFORMA INTRODUCIDA POR EL REAL DECRETO-LEY 16/2012, DE 20 DE ABRIL

Desde un punto de vista competencial, al Estado le corresponde la función de regular la situación jurídico-administrativa de los extranjeros en España, basándose para ello en la competencia exclusiva que le atribuye el art. 149.1.2 CE en materia de extranjería e inmigración. En el ejercicio de esta función, el Estado ha vinculado y condicionado la titularidad y el ejercicio de determinados derechos de los extranjeros (el derecho a la salud) a su situación legal y administrativa en España. Por otro lado, el Estado, con fundamento en la competencia exclusiva que le otorga el art. 149.1.16 y 17 CE –fijar las bases y la coordinación general de la sanidad, así como el régimen económico de la Seguridad Social–, ha establecido 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 (art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y art. 2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad).

Algunas Comunidades Autónomas, con ocasión de las reformas estatutarias iniciadas a partir del año 2006, han incluido en el Estatuto de Autonomía, dentro de la parte relativa a los derechos estatutarios, un precepto en el que se reconoce, proclama o garantiza un derecho de *todas las personas* (carácter universal) a la sanidad (pública) o a la protección de la salud, en condiciones de igualdad. Aunque, como se indica en la mayoría de las normas estatutarias, de acuerdo con lo que se establezca en la ley (32), y dentro del marco de

recurrida en relación con el porcentaje de la prestación farmacéutica supone una lesión del derecho a la salud.

(32) Así, por ejemplo, el art. 23.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, reformado por la L. O. 6/2006, de 19 de julio; el art. 25.1 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, reformado por la L. O. 1/2007, de 28 de febrero; el art. 22.1, 2, a), y 4 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, reformado por la L. O. 2/2007, de 19 de marzo; el art. 14.1, 2, a), y 4 del Estatuto de Autonomía de Aragón, reformado por la L. O. 5/2007, de 20 de abril; o el art. 13.2 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, reformado por la L. O. 14/2007, de 30 de noviembre. El reconocimiento, con carácter universal, del derecho a la salud en estas normas estatutarias permitiría atribuir la titularidad del derecho a los extranjeros (ya sean regulares o irregulares), incluso en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos, aunque para ello se remitan a lo que dispongan las leyes (que pueden ser autonómicas y estatales). El Tribunal Constitucional se opondrá, sin embargo, a esta interpretación en la STC 31/2010, de 28 de junio (FJ 18), al considerar que la voluntad del legislador estatuyente no fue la de ampliar la titularidad de los derechos sociales a los extranjeros. Se basa para ello en una interpretación extensiva de los arts. 15.1 y 3 y 37.4 del Estatuto catalán. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI,

las competencias que, en materia de sanidad, productos farmacéuticos o de salud pública, hayan asumido las Comunidades Autónomas en sus Estatutos de Autonomía (33). Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 149.1, apartados 1.º y 16.º CE, que establecen respectivamente la competencia del

Tomás: «Derechos de los inmigrantes sin residencia legal en España». En VELASCO, Francisco y TORRES, María de los Ángeles (coords.): *Ciudades globales e inmigrantes: un estudio comparado de Chicago y Madrid*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2013, pp. 131-137, discrepa de la interpretación realizada por el Tribunal, pues supone prescindir de la dicción literal de los preceptos estatutarios y de cuál fue la voluntad del legislador estatuyente, que era plenamente consciente de que los derechos sociales se estaban reconociendo a todas las personas que viven en la Comunidad Autónoma, en igualdad de condiciones, e independientemente de su situación de residencia legal o ilegal.

Como es sabido, en relación con la naturaleza jurídica de los derechos estatutarios, el Tribunal Constitucional ha manifestado que aquellos preceptos de los Estatutos de Autonomía en los que se reconocen derechos o principios rectores de la política social y económica, estos han de estar conectados con una materia que haya sido adquirida como competencia autonómica en el Estatuto, y que para que tengan plena eficacia jurídica y sean exigibles directamente ante la jurisdicción ordinaria es necesario que el legislador autonómico regule su régimen jurídico [SSTC 247/2007, de 12 de diciembre (FJ 15) y 31/2010, de 28 de junio (FJ 16)]. Sobre la naturaleza jurídica de los derechos estatutarios, *vid.*, entre otros, los trabajos de FERRERES COMELLA, Víctor, BIGLINO CAMPOS, Paloma y CARILLO, Marc: *Derechos, deberes y principios en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 9 y ss.; DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: «¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 78, 2006, pp. 63 y ss.; CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco: «Sí, pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 79, 2007, pp. 33 y ss.; DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: «De nuevo sobre las declaraciones estatutarias de derechos: respuesta a Francisco Caamaño», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 81, 2007, pp. 63 y ss.; BALAGUER CALLEJÓN, Francisco: «Derechos, principios y objetivos en los Estatutos de Autonomía reformados», *Anuario Jurídico de la Rioja*, n.º 13, 2008, pp. 13 y ss.; CÁMARA VILLAR, Gregorio: «Veste y realidad de los derechos estatutarios», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 151, 2011, pp. 57 y ss.; VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio: *La igualdad en la diversidad. Forma de Estado y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pp. 105-137; CASTELLÁ ANDREU, José María y GRAMMOND, Sébastien (coords.), *Diversidad, derechos fundamentales y federalismo. Un diálogo entre Canadá y España*, Atelier, Barcelona 2010, pp. 15 y ss.; TORRES MURO, Ignacio: «Derechos sociales y Comunidades Autónomas». En *Constitución y Democracia: ayer y hoy. Libro Homenaje a Antonio Torres del Moral*, vol. III, Universitas, S. A., Universidad Nacional de Educación a Distancia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pp. 3539 y ss.

(33) Véanse también las siguientes normas estatutarias: el art. 162.1 a 5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña; los arts. 30.48; 31.4 y 32.8 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears; el art. 55.1 a 4 del Estatuto de Autonomía de Andalucía; los arts. 71.55 y 56 y 77.7 del Estatuto de Autonomía de Aragón; los arts. 71.1.4; 74.1 y 76.7 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León; los arts. 9.1.24 y 25; 10.1.9 y 11.1.6 del Estatuto de Autonomía de Extremadura.

Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y la competencia sobre las bases y la coordinación general de la sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos.

En definitiva, la sanidad es una materia de titularidad compartida en la que al Estado le corresponde establecer las bases o las condiciones básicas, que han de ser comunes para todas las Comunidades Autónomas, con el objeto de asegurar una uniformidad y homogeneidad en el acceso de los ciudadanos a la sanidad. A las Comunidades Autónomas les compete el desarrollo y la ejecución de las bases o condiciones básicas fijadas por el Estado que, aun cuando han de ir en una misma dirección, de acuerdo con su capacidad de autogobierno y autonomía financiera, pueden adaptarlas a sus circunstancias particulares mediante propuestas políticas propias que se concretarán, a su vez, en normas legislativas y reglamentarias.

El Tribunal Constitucional, en la STC 98/2004, de 25 de mayo (FJ 7), establece qué se entiende por lo básico en materia sanitaria, concretamente en relación con una de sus prestaciones, la farmacéutica: «partiendo del carácter básico de la materia en cuestión dentro del marco normativo que regula la sanidad, forzosamente se ha de afirmar que es al Estado al que corresponde su regulación, en tanto que el art. 149.1.16 le otorga la competencia exclusiva sobre las «bases y coordinación general de la sanidad». De esta forma se garantiza una uniformidad mínima en las condiciones de acceso a los medicamentos con independencia del lugar en el que dentro del territorio nacional se resida y se evita la introducción de factores de desigualdad en la protección básica de la salud. Sin embargo, esa necesaria uniformidad mínima que corresponde establecer al Estado, asegurando así un nivel mínimo homogéneo o nivel de suficiencia de las prestaciones sanitarias públicas, puede mejorarse por las Comunidades Autónomas, en virtud de su competencia sustantiva y de su autonomía financiera, siempre que no se vulneren las exigencias impuestas por el principio de solidaridad (arts. 2 y 138 CE) (34).

(34) Esta doctrina jurisprudencial no fue adoptada por unanimidad ya que contra la decisión mayoritaria se formularon dos Votos particulares. Así, en el Voto particular presentado por el magistrado Vicente Conde Martín de Hijas, al que se adhieren dos magistrados más, se discrepa de la opinión mayoritaria al entender que «lo básico tiene una propia identidad no cuantificable; es un elemento común, no susceptible de mejora, sino que tiene que ser reconocible como tal en su propia dimensión en todo caso. En tal sentido, si como base se establece la igualdad de los ciudadanos en el acceso a las prestaciones sanitarias, esa igualdad, en cuanto base y en cuanto mínimo común denominador del sistema, no puede desvirtuarse, convirtiendo la igualdad o la igualación de los ciudadanos en el disfrute del derecho a la prestación en una igualación en un mínimo de la prestación, al margen de cuya igualdad pueda abrirse el paso a una ulterior diferenciación de las prestaciones según los distintos territorios,

Conforme las Comunidades Autónomas han ido asumiendo competencias en materia de sanidad, se han creado diversos regímenes jurídicos sanitarios, sin que exista un sistema público sanitario igual para todo el territorio nacional. No obstante, el Estado, para garantizar una igualdad mínima de los ciudadanos, establece por legislación básica (la LOEX y la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud reformadas) una cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud y sus beneficiarios (35). Esta cartera común integraría el contenido mínimo del derecho a la salud respecto de los nacionales y extranjeros residentes que tengan la condición de asegurado. Las Comunidades Autónomas pueden superarlo mediante la creación de una cartera de servicios complementaria cuyos beneficiarios serían los residentes

en función de una posible mejora del mínimo estatal por cada Comunidad Autónoma, resultante del diferente ejercicio por ellas de su autonomía financiera». Más adelante, el magistrado disidente expone también otro argumento contrario a la tesis mayoritaria cuando reconoce que: «la Ley autonómica que, según su preámbulo, pretende “realizar un importante esfuerzo de disciplina económica” (párrafo inicial), y que al referirse (párrafo final) a la “introducción de los precios de referencia en las especialidades farmacéuticas” se dice “que necesariamente contribuirán a frenar el ritmo de crecimiento de los gastos de esta naturaleza”. Si el propósito que alienta el precepto es el de frenar el gasto, resulta casi paradójico que pueda interpretarse en el sentido, más bien contrario a aquel propósito, de mejorar el mínimo estatal, lo que supone en el nivel de mejora una ampliación del gasto en relación con el que supondría el mínimo estatal».

(35) La cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud presenta las siguientes modalidades: la cartera común básica de servicios asistenciales; la cartera común suplementaria y la cartera común de servicios accesorios. La cartera común básica de servicios asistenciales comprende las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente. Estas prestaciones son totalmente gratuitas, están cubiertas de forma completa por la financiación pública. La cartera común suplementaria incluye las prestaciones farmacéutica, ortoprotésica, la de productos dietéticos y el transporte sanitario no urgente. La cartera común de servicios accesorios incluye las actividades, servicios o técnicas no esenciales pero de apoyo a la mejora de una patología crónica. Las prestaciones de la cartera común suplementaria y las de la de servicios accesorios se sufragan con fondos públicos y con aportaciones económicas de los usuarios (arts. 8, *bis*, *ter* y *quáter* de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, modificado y añadidos por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril). ESCOBAR ROCA, Guillermo: «Los derechos fundamentales...», cit., pp. 139-140 y «El derecho a la protección...», cit., pp. 1123-1124, expone cómo el catálogo de prestaciones que integran la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, regulado en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, conforma el contenido del derecho de protección a la salud y se proyecta sobre el concepto de salud por el que opta el art. 43 CE. Concepto que comprende la salud individual y la salud colectiva, la asistencia en caso de enfermedad, en el sentido amplio del término y la prevención frente a ella.

que tuvieran la condición de asegurado (36). Esta cartera complementaria integraría, a su vez, un contenido adicional del derecho.

Para los inmigrantes irregulares mayores de edad, el contenido mínimo del derecho a la salud, según la legislación básica del Estado, es menor pues comprendería solamente la atención en urgencias por enfermedad grave o accidente (que es gratuita) y el acceso a la cartera común básica de servicios asistenciales, previa suscripción de un convenio especial y el abono de unas cuotas, en tanto en cuanto regularizan su situación.

El Estado tiene competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la Sanidad (*ex art. 149.1.16 CE*). El desarrollo de este título competencial se lleva a cabo, entre otras leyes, por la citada Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en la que, según se ha dicho, se establecen las prestaciones y servicios del Sistema Nacional de Salud (contenido mínimo del derecho a la salud), así como sus beneficiarios (titularidad del derecho). El Tribunal Constitucional así lo ha reconocido también, entre otras, en la STC 136/2012, de 19 de junio (FJ 5): «la decisión acerca de quiénes deban ser beneficiarios de las prestaciones sanitarias y cuáles sean dichas prestaciones, pertenece indudablemente al núcleo de lo básico, pues define los ámbitos subjetivo y objetivo de la propia materia» (37). En consecuencia,

(36) Las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, pueden aprobar sus respectivas carteras de servicios que incluirán, al menos, la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud en sus modalidades básica de servicios asistenciales, suplementaria y de servicios accesorios, garantizándose a todos los usuarios del mismo. Para aprobar la cartera de servicios complementaria de una Comunidad Autónoma, ha asegurarse preceptivamente la financiación de la cartera común de servicios. Las Comunidades Autónomas asumirán, con cargo a sus propios presupuestos, todos los costes de aplicación de la cartera de servicios complementaria a las personas que tengan la condición de asegurado (art. 8 *quinquies*, 1, 3 y 7 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, añadido por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril).

(37) En efecto, continúa diciendo el Tribunal, «la definición de quiénes pueden considerarse asegurados y en consecuencia tener acceso al Sistema Nacional de Salud, así como las concretas prestaciones sanitarias que deben ser garantizadas a todos ellos (...), permite establecer un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, el acceso a la sanidad por parte de todos los ciudadanos incluidos en el ámbito subjetivo de la norma, con independencia de su lugar de residencia. Vinculado con ello, forma lógicamente también parte del ámbito de lo básico la concreta definición de las diferentes modalidades de prestaciones sanitarias comunes (básicas, suplementarias o de servicios accesorios). Además, también por aplicación de nuestra doctrina (SSTC 98/2004, de 25 de mayo; y 22/2012, de 16 de febrero, FJ 3) cabe considerar como básica la definición del sistema de financiación de la sanidad, lo que incluye tanto la garantía general de financiación pública como, dentro de esta garantía, los supuestos en los que algunas prestaciones comunes que no son básicas (las «suplementarias» y de «servicios accesorios») pueden estar sujetas a una financiación adicional con cargo al usuario del servicio (tasa o «copago»)» (FJ 5).

se descarta que «la Comunidad Autónoma ostente la competencia para establecer quiénes tienen acceso al sistema público de salud, y (...) también que pueda definir las prestaciones básicas del Sistema Nacional de Salud o las condiciones en las que éstas se prestan» (FJ 8)(38).

En nuestra opinión, del mismo modo que se ha permitido a las Comunidades Autónomas, en desarrollo de las bases del Estado, aprobar sus propias carteras de servicios y establecer prestaciones adicionales para sus residentes (ámbito objetivo del derecho), podría admitirse también que las Comunidades Autónomas ampliaran por normas autonómicas la titularidad de las prestaciones y servicios (ámbito subjetivo del derecho). De esta manera podría facilitarse su acceso, en determinados supuestos y con el cumplimiento de ciertas condiciones, a personas que no tuvieran la condición de asegurado, como es el caso de los inmigrantes irregulares (39).

La ampliación del catálogo de prestaciones sanitarias y de la titularidad del derecho a la salud a los extranjeros irregulares había sido iniciada ya por algunas Comunidades Autónomas, incluso antes de la reforma de la LOEX por la LO 2/2009, de 11 de diciembre, que atribuía ese derecho a los extranjeros que se encontrasen en España, siempre que estuviesen inscritos en el Padrón municipal. Así, por ejemplo, Andalucía reconocía a los inmigrantes irregulares, también a los no empadronados que acreditasen recursos económicos insuficientes, el acceso a prestaciones adicionales a las de urgencia como los servicios básicos de salud o las consultas externas (40).

(38) Se concluye asimismo en la sentencia «que la Comunidad Autónoma carece también de competencia para establecer una tasa sobre esta materia» (la sanitaria). Ello invade la competencia estatal del art. 149.1.16 CE (FJ 8). De ahí que, en el caso concreto, se declare la inconstitucionalidad y nulidad de un precepto de una Ley valenciana que había establecido una tasa por prestación de servicios sanitarios.

(39) Compartimos lo manifestado por el profesor DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás: «Derechos de los inmigrantes...», cit., pp. 138-139, cuando considera que «la capacidad del Estado para establecer lo básico en materia sanitaria no implicaría que le corresponda determinar en exclusiva [“en toda su amplitud”] quiénes son los titulares de los derechos sanitarios, pues sobre la decisión estatal básica y común para el territorio nacional, una Comunidad Autónoma podría ampliar la titularidad de derechos con cargo a su presupuesto».

(40) Vid. ARBELÁEZ RUDAS, Mónica: «Los derechos sanitarios de los inmigrantes». En Aja, Eliseo, Montilla, José Antonio y Roig, Eduard (coords.): *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Valencia, 2006, pp. 482-493. Navarra exigía a los inmigrantes irregulares únicamente el empadronamiento en su lugar de residencia habitual para acceder a la atención sanitaria, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud de Navarra y en la Ley Foral 9/1999, de 6 de abril, para una Carta de Derechos Sociales. Posteriormente, la Ley Foral de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra, de 28 de octubre de 2010, reitera también en su art. 11.1, el reconocimiento de la asistencia sanitaria pública «a los inmigrantes que residan en los municipios de Navarra con independencia de su situación legal o administrativa». Cataluña, a

Con la reforma introducida en la LOEX y en la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud por el Real Decreto-ley 16/2012, en virtud de la cual se priva a los extranjeros irregulares de la tarjeta sanitaria y de la mayoría de las prestaciones sanitarias, las Comunidades Autónomas han reaccionado de forma diversa a la hora de aplicar y desarrollar el Real Decreto-ley 16/2012. En este sentido pueden distinguirse los siguientes grupos de Comunidades Autónomas.

a) Un primer grupo comprendería aquellas Comunidades como las de Madrid, Castilla-La Mancha, Cantabria, La Rioja, Islas Baleares, Extremadura, Aragón o Murcia, en las que, desde el 1 de septiembre de 2012, el Gobierno autonómico aplica 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 Decreto-ley: atención en urgencias, mujeres embarazadas y menores de edad. Aun así, se han denunciado algunos casos en los que se ha vulnerado lo dispuesto en el propio Real Decreto-ley 16/2012, como el de aquellos gobiernos autonómicos que, cuatro meses antes de la entrada en vigor del Real Decreto-ley, en mayo de 2012, procedieron a expulsar a los inmigrantes irregulares de sus sistemas sanitarios. También pueden constatarse otros casos en los que se ha tardado en elaborar o en comunicar formalmente instrucciones o directrices para informar al personal sanitario de las medidas definitivas o de los procedimientos de aplicación del Real Decreto-ley, originando un gran desconcierto entre las personas usuarias y una descoordinación importante en los centros sanitarios. En otras Comunidades Autónomas se han elaborado instrucciones o circulares confusas (no publicadas oficialmente), en las que se permite al personal administrativo, no al personal sanitario, la potestad para decidir cuándo se está o no ante una situación de urgencia; o no se aclara suficientemente al personal sanitario cómo actuar en casos de enfermedades crónicas o de patologías declaradas supuestos de Salud Pública. También se han denunciado casos de desatención sanitaria a inmigrantes irregulares que eran menores o mujeres emba-

partir del Decreto 188/2001, de 26 de junio, de las personas extranjeras y su integración social en Cataluña (art. 7.1.3 y 4), basta con la inscripción en el Padrón de un municipio de Cataluña en el que residan habitualmente para que se les otorgue la tarjeta y la asistencia sanitaria. En el País Vasco, el Decreto 26/1988, de 16 de febrero, reconocía la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Vasco de Salud-Osakidetza, a quienes careciesen de los suficientes recursos económicos y no estuviesen protegidos por el sistema de la Seguridad Social, siempre que estuviesen empadronados en un municipio del País Vasco. El Gobierno vasco podrá ampliar en el territorio del País Vasco el catálogo de las prestaciones individuales sanitarias del Sistema Nacional de Salud, determinando su ámbito subjetivo y las condiciones de acceso y de cobertura financiera (art. 4.4).

razadas, o de facturación por asistencia al parto, o de ausencia de asistencia farmacológica a personas enfermas crónicas, o con patologías severas (41).

b) Un segundo grupo de Comunidades Autónomas estaría constituido por aquellas Comunidades que anunciaron, desde un primer momento y a través de sus representantes políticos, la voluntad de no aplicar el Real Decreto-ley 16/2012, facilitando la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares o, dicho de otro modo, ampliando subjetiva y objetivamente la prevista en la norma estatal. En este grupo se incluirían Andalucía, Asturias, Cataluña y País Vasco. Incluso algunas de ellas, como se ha dicho, reaccionaron frente al Decreto-ley 16/2012 interponiendo un recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos (Asturias y Andalucía). Desde los Gobiernos de algunas de estas regiones, y a través de la Consejería competente en materia de sanidad o salud, se han elaborado normas autonómicas (la mayoría de

(41) Sobre estos casos, *vid.* ampliamente la página web de la Organización No Gubernamental «Médicos del Mundo»: (http://www.medicosdelmundo.org/index.php/mod.cons/mem.detalle_cn/relmenu.111/id.3187), cuyo presidente los ha expuesto además ante los diputados de la Comisión de Sanidad del Congreso, en una comparecencia, el 18 de julio de 2013. Puede traerse también a colación el primer caso conocido de muerte de un inmigrante irregular por no recibir la asistencia sanitaria adecuada. Un senegalés de veintiocho años, residente desde hace ocho años en España, al que, según lo publicado en los medios de comunicación, no se le diagnosticó la enfermedad que padecía, tuberculosos, ni recibió una asistencia hospitalaria adecuada (diario *El País*, de 10 de mayo de 2013: http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/05/10/actualidad/1368202072_471737.html).

En relación con la desatención sanitaria a los hijos menores de inmigrantes irregulares, ha de citarse el *Informe de 9 de octubre de 2013*, del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa (*CommDH(2013)18*), elaborado tras una visita a España, del 3 al 7 de junio de 2013 (<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2356738&SecMode=1&DocId=2056532&Usage=2>). En este duro Informe, dentro del apartado relativo a las «repercusiones de la crisis económica y de las medidas de austeridad fiscal en los niños», se expone que a pesar de que los niños inmigrantes se benefician de una atención sanitaria gratuita, las ONG han comunicado al Comisario la existencia de casos de niños inmigrantes, cuyos padres están indocumentados, a los que se les deniega en reiteradas ocasiones el acceso a una tarjeta sanitaria o la atención sanitaria. Se trata de una práctica contraria a lo dispuesto en el art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas. En el Informe se afirma también que han aumentado los casos de denegación del acceso a la atención sanitaria «debido a la confusión que prevalece entre los servicios sociales y los profesionales de la salud a raíz de la publicación de la nueva ley y de las diversas respuestas regionales». Incluso se indica que «algunos padres inmigrantes no parecen ser conscientes de que sus hijos siguen teniendo derecho a una atención sanitaria gratuita» (párrafo 21). Entre las conclusiones y recomendaciones, se establece que «las autoridades deberían asegurarse de que no se excluya a ningún niño del acceso a la atención sanitaria, independientemente de la situación legal de sus padres, incluso proporcionando una orientación clara a los profesionales sociales y de la salud a este respecto» (párrafo 46).

ellas instrucciones internas) en las que 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. Para ello, se les otorga un documento acreditativo o una tarjeta especial (que puede ser provisional, susceptible de prórroga), aunque para su obtención se exige el cumplimiento de determinados requisitos como el 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 (42).

Conviene detenernos en la Comunidad del País Vasco, en la que el Consejo de Gobierno aprueba un Decreto, el 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, por el que se amplía la cobertura sanitaria a las personas que habían sido excluidas por el Real Decreto-ley 16/2012. Así, el art. 2.2 establece que aquellas personas que dispusieran de la Tarjeta Individual Sanitaria emitida en la Comunidad Autónoma de Euskadi, con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012, recibirán las mismas prestaciones sanitarias que las que tuvieran la condición de asegurados o beneficiarios del Sistema Nacional de Salud. Para recibir la asistencia sanitaria es preciso que cumplan simultáneamente los requisitos exigidos en el art. 2.3: empadronamiento por un año en cualquiera de los

(42) Así, en Andalucía, el Servicio de Salud Andaluz, por el mero hecho de residir en Andalucía, facilita a los inmigrantes irregulares una tarjeta «provisional de reconocimiento temporal», distinta de la tarjeta sanitaria (http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud/principal/documentosAcc.asp?pagina=gr_derechos_tSanitaria). En Asturias, con fecha de 30 de agosto de 2012, se publican unas instrucciones de la Consejería de Sanidad para el Servicio de Salud del Principado de Asturias sobre la autorización de asistencia sanitaria, con carácter provisional, a las personas extranjeras en situación irregular sin recursos y empadronadas en Asturias (*Boletín Oficial del Principado de Asturias*, n.º 204, de 1 de septiembre de 2012). En Cataluña se dicta por el Servicio Catalán de Salud la Instrucción 10/2012, de 30 de agosto, sobre el acceso a la asistencia sanitaria de cobertura pública del Servicio Catalán de Salud a los ciudadanos extranjeros empadronados en Cataluña que no tienen la condición de asegurados o beneficiarios del Sistema Nacional de Salud. En ella se reconoce que dichas personas, previo cumplimiento de ciertos requisitos, podrán acceder a las prestaciones sanitarias de un primer nivel de asistencia que comprende: la atención urgente, incluido el transporte sanitario urgente y la atención primaria y los medicamentos prescritos en ella mediante el copago del 40% de su precio. También podrán acceder a las prestaciones de los programas sanitarios de interés para la salud pública que establezca el Departamento de Salud, así como la prestación farmacéutica asociada a esos programas. Excepcionalmente, podrá autorizarse en este primer nivel de asistencia el acceso a la atención especializada en casos de gravedad o riesgo vital para la persona. La Instrucción 10/2012, de 30 de agosto, puede consultarse en la página web del Servicio Catalán de Salud: (http://www20.gencat.cat/docs/salut/Minisite/catsalut/Proveidors_professionals/normatives_instruccions).

municipios de Euskadi, carecer de determinados ingresos y no tener acceso a otro sistema de protección sanitaria pública.

Como se ha dicho en otro apartado de este trabajo, el Gobierno de la nación plantea ante el Tribunal Constitucional un conflicto positivo de competencias frente al Gobierno vasco y contra determinados preceptos del Decreto 114/2012, de 26 de junio. Considera que las disposiciones impugnadas afectan a materias de competencia exclusiva del Estado por contradecir la legislación básica estatal en materia de sanidad interior (art. 149.1.16 CE). En lo que aquí interesa, para el recurrente, el Decreto impugnado introduce diferencias respecto de la legislación básica en el ámbito subjetivo del derecho de acceso a la asistencia sanitaria pública y gratuita, ya que modifica la condición de beneficiario de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos prevista en la norma estatal. El Gobierno de España solicita, asimismo, la suspensión del Decreto 114/2012, de 26 de junio. El Pleno del Tribunal, mediante providencia de 24 de julio de 2012, admite a trámite el conflicto positivo de competencias y acuerda la suspensión de la vigencia y aplicación del Decreto del Gobierno vasco. Este Gobierno presenta alegaciones y solicita el levantamiento anticipado de la suspensión de la vigencia del Decreto. El Tribunal resuelve el incidente de suspensión en el ATC 239/2012, de 12 de diciembre, en el que acuerda levantar la suspensión de algunos de los preceptos del Decreto 114/2012, de 26 de junio, en concreto, los que permiten dar asistencia sanitaria a determinadas personas excluidas por el Real Decreto-ley 16/2012 (43).

En este incidente el Tribunal pondera dos intereses generales: de 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; de otro, el interés general de preservar el derecho a la salud consagrado en el art. 43 CE (FJ 5).

Aunque el Tribunal Constitucional no se pronuncia sobre el fondo del asunto, el conflicto de competencias, sí acuerda en el auto levantar la suspensión de la vigencia de los preceptos del Decreto vasco, referidos a la ampliación del ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria pública y gratuita. Compartimos plenamente el motivo de su decisión, 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

(43) Los arts. 1; 2, apartados 2 y 3; 3; 4; 5; 6, apartados 1 y 2; 7, apartados 2 y 3, y disposición final primera.

mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado» (FJ 5) (44).

c) Existe otro grupo de Comunidades Autónomas que han desarrollado otros mecanismos o procedimientos para continuar prestando asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares. Así, en algunas de ellas (Castilla y León y Valencia) se han adoptado determinadas instrucciones o circulares por órganos de las Consejerías competentes en materia sanitaria en las que se reconoce la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, aunque con la obligación de facturar los servicios prestados. No obstante, en dichas instrucciones se establece también la posibilidad de que se den situaciones de facturas impagadas, al no poder abonar su importe los inmigrantes irregulares por carecer de recursos económicos suficientes. Incluso, en algunos casos, se contempla que las facturas puedan satisfacerse con cargo a los servicios sociales de la Comunidad, de los Ayuntamientos o de organizaciones no gubernamentales (45). A partir del 1 de septiembre de 2013, fecha en que entra en vigor el Real

(44) Mediante una Orden de 4 de julio de 2013, del Consejero de Salud del País Vasco, se establece un procedimiento para el reconocimiento de la asistencia sanitaria en la Comunidad Autónoma de Euskadi a las personas que no tienen la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud, siempre que reúnan los requisitos establecidos en el citado art. 2.3 del Decreto 114/2012, de 26 de junio (art. 1.2). En esta Orden se regula también el documento identificativo sanitario (art. 4) y el procedimiento para su emisión (art. 3). La Orden puede consultarse en el *Boletín Oficial del País Vasco* n.º 139, de 22 de julio de 2013.

(45) En Castilla y León existe una Instrucción de la Gerencia Regional de Salud, de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León, de la que no tenemos constancia de su publicación oficial. En ella se indica también que ha de facilitarse la prestación de salud pública ante la aparición de brotes o enfermedades transmisibles. La Ley 3/2013, de 28 de mayo, de integración de los inmigrantes en la sociedad de Castilla y León establece en el art. 13, como objetivos prioritarios de los poderes públicos relacionados con la integración de los inmigrantes en el ámbito de la salud (mandatos excesivamente generales): b) adaptar la atención sanitaria a las peculiares necesidades sanitarias de los inmigrantes; d) expedir a los inmigrantes la tarjeta sanitaria a través de los cauces y de acuerdo con los requisitos establecidos por la normativa aplicable; e) prestar atención especial a las particulares necesidades de prevención y promoción de la salud de los inmigrantes, especialmente mujeres, menores y personas con discapacidad». A partir del 1 de septiembre de 2013, que entra en vigor el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, elaborado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el Servicio de Salud de Castilla y León propone en el «Portal de Salud Castilla y León», que las personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud firmen un convenio especial con la Gerencia Regional de Salud para recibir la prestación de asistencia sanitaria, en las condiciones establecidas en dicha norma (<http://www.saludcastillayleon.es/ciudadanos/es/enlaces-interes/portales-salud/cca>). En Valencia, ha de tenerse en cuenta la instrucción 5/2012, denominada «Instrucción tras la sincronización con SNS y sobre el acceso a la asistencia sanitaria en situaciones especiales», aplicable a la población extranjera irregular y sin recursos. Instrucción distribuida el 8 de octubre de 2012 por la Agencia Valenciana de la Salud.

Decreto 576/2013, de 26 de julio, elaborado por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, las Consejerías competentes en materia de Sanidad, a través de los órganos competentes, proponen a las personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud la firma de un convenio especial para recibir la prestación de asistencia sanitaria, en las condiciones establecidas en dicha norma.

Dentro de este grupo de Comunidades Autónomas, hay otras como Galicia, Navarra y Canarias, en las que desde las Consejerías responsables de la materia sanitaria, se han dictado también normas (instrucciones o circulares internas) que contienen programas de salud pública o de carácter social, habilitando incluso procedimientos para la elaboración de un registro y para la obtención de un documento que acredite a los inmigrantes irregulares como usuarios del servicio de salud autonómico. Se condiciona también el acceso a dichos programas y documentos acreditativos a que los inmigrantes irregulares cumplan determinados requisitos como el empadronamiento por un periodo de tiempo mínimo en un municipio de la Comunidad Autónoma, el no superar una cuantía de ingresos determinada o el carecer de otro sistema de cobertura sanitaria (46).

(46) En Galicia puede consultarse la Instrucción 10/2012, de la Consejería de Sanidad, de 31 de agosto, sobre la prestación de asistencia sanitaria en Galicia a las personas que no tienen la condición de asegurado o de beneficiario reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, por el Instituto Social de la Marina. En ella se prevé la creación de un Programa gallego de protección social de salud pública, al que pueden acceder todas aquellas personas que a partir del 1 de septiembre de 2012 no tengan derecho de asistencia sanitaria por carecer de la condición de asegurado o de beneficiario. Entre estas personas estarían los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España que se encuentren en Galicia. Es la Instrucción 15/2012, de 21 de septiembre, la que regula la creación del Programa gallego de protección social de salud pública, estableciendo los requisitos necesarios para solicitar la inclusión en dicho programa. Estas Instrucciones puede consultarse en el *Diario Oficial de Galicia* n.º 175, de 13 de septiembre de 2012, y n.º 193, de 9 de octubre de 2012. En Canarias ha de acudir a la Instrucción n.º 10/2012, de la Directora del Servicio Canario de Salud, por la que se aprueban un conjunto de actuaciones en materia de Promoción de la Salud, Prevención de la Enfermedad y Prestación de la Asistencia Sanitaria Básica, dirigidas a personas extranjeras, no autorizadas ni registradas como residentes en territorio español, que carecen de recursos económicos suficientes. En ella se mencionan las actividades sanitarias a las que pueden acceder y las excluidas. Sobre esta Instrucción, *vid.* la página web del Servicio Canario de la Salud: (http://www2.gobiernodecanarias.org/sanidad/scs/content/fe63336e1-4b5e-11e2-a5ba-c162420e469e/ConjuntoActuaciones21_12_12.pdf). Valencia ha publicado también una Instrucción de 31 de julio de 2013, de la Secretaría Autonómica de Sanidad, por la que se informa de la puesta en marcha del Programa Valenciano de Protección de la Salud, destinado a los extranjeros (irregulares) mayores de edad que no tengan reconocida la condición de asegurado o beneficiario, siempre que lleven empadronados un año en algún municipio de la Comunidad Autónoma, carezcan de recursos económicos y no reúnan

En Navarra, el Consejo de Gobierno ha aprobado el Decreto Foral 117/2012, de 31 de octubre, que modifica el anterior Decreto Foral 640/1996, de 18 de noviembre, por el que se establecen 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. A estas prestaciones podían acceder quienes hubiesen sido excluidos del Sistema Nacional de Salud por carecer de la condición de asegurados y beneficiarios, en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 16/2012. Para ello era necesario cumplir con las condiciones ya mencionadas del empadronamiento por un periodo de tiempo en un municipio de la Comunidad Foral y no superar una cuantía de ingresos determinada. El Decreto navarro exige además el abono de unas cuotas de participación(47). Este Decreto se complementa con la Orden Foral 557/2012, de 31 de octubre, del Consejero de Políticas Sociales, por la que se aprueban las bases reguladoras y la convocatoria de concesión de subvenciones para el pago de la aportación del régimen de universalización de la asistencia sanitaria pública en la Comunidad Foral de Navarra a personas sin recursos(48).

El Decreto Foral 117/2012, de 31 de octubre, que se dicta tras la publicación del Real Decreto-ley 16/2012, se oponía a lo previsto en una norma navarra anterior y de superior jerarquía, la Ley Foral de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral, de 28 de octubre de 2010. Esta Ley establecía en su art. 11.1 que «la asistencia sanitaria pública, de cobertura universal, se extiende a todas las personas que residan en los municipios de la Comunidad Foral de Navarra. También se extiende a los inmigrantes que residan en los municipios de Navarra con independencia de su situación legal o administrativa». Con el objeto de evitar la situación de

los requisitos necesarios para suscribir un convenio especial de prestación sanitaria. (Véase la página web de la Agencia Valenciana de Salud: http://www.san.gva.es/documents/152919/169224/PROTECCION_SALUD.pdf.)

(47) De 764,46 euros al año, para las personas físicas hasta los 64 años de edad y de 2.675,62 euros al año, para las personas físicas de 65 y más años de edad (art. 3). El Decreto Foral 117/2012, de 31 de octubre, puede consultarse en el *Boletín Oficial de Navarra* n.º 220, de 9 de noviembre de 2012.

(48) Para que estas personas sin recursos puedan ser beneficiarias de dichas ayudas es preciso que tengan unos ingresos inferiores a la cuantía del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) en cómputo anual y catorce pagas. La Orden Foral 557/2012, de 31 de octubre, del Consejero de Políticas Sociales, puede consultarse también en el *Boletín Oficial de Navarra* n.º 220, de 9 de noviembre de 2012. Ha de indicarse que contra el Decreto Foral 117/2012, de 31 de octubre, el Gobierno de la nación ha planteado un conflicto positivo de competencias ante el Tribunal Constitucional, al estimar que el Decreto navarro invade las competencias del Estado. El Tribunal Constitucional ha admitido a trámite el conflicto de competencias, acordando la suspensión cautelar del Decreto Foral.

inseguridad jurídica que se había creado para algunas personas y solucionar el conflicto normativo originado, el Parlamento navarro ha aprobado una ley, la Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra. En el artículo único de esta Ley se dispone de forma tajante que «todas las personas con residencia en Navarra tienen derecho de forma gratuita a la asistencia sanitaria primaria o especializada, prestada por el sistema sanitario público de la Comunidad Foral de Navarra, con cargo a los Presupuestos Generales de Navarra, cualquiera que sea su edad, nacionalidad o situación legal o administrativa» (49).

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Desde una perspectiva social y humanitaria, y si se quiere desde un criterio de oportunidad política, la medida adoptada con la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, en virtud de la cual se priva 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 fundamentales sociales más relevantes, el derecho a la salud. Máxime si dicha medida se adopta por motivos económicos, esto es para controlar el déficit público y reducir el gasto sanitario. Frente a este criterio economicista, puede oponerse el hecho de que es un colectivo de personas no muy amplio, que está disminuyendo progresivamente por la falta de empleo y que es una población mayoritariamente joven y sana. Estas circunstancias explican que los inmigrantes irregulares no utilicen con demasiada frecuencia los servicios sanitarios.

Los extranjeros irregulares, al no tener la condición de asegurado, no pueden disponer de una tarjeta sanitaria ni, por lo tanto, acceder al conjunto de las prestaciones que integran la cartera común de servicios asistenciales

(49) El apartado 2.º del artículo único concreta lo que se entiende por «residencia»: el mero «hecho de acreditar, por cualquier medio admitido en Derecho, incluido el empadronamiento, que el domicilio de la persona está en un municipio de Navarra, sin atención a tiempo alguno». La Disposición Derogatoria Única de la Ley Foral deroga expresamente el Decreto Foral 640/1996, de 18 de noviembre, así como «sus modificaciones y disposiciones de desarrollo y cualesquiera otras disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en esta Ley Foral». (Ley publicada en el *Boletín Oficial de Navarra* n.º 43, de 4 de marzo de 2013).

del Sistema Nacional de Salud. Solamente pueden acudir a la atención sanitaria de urgencias que, en algunas ocasiones y al no poder recurrir a otro tipo de atención médica, podrían llegar a colapsarse. Con el añadido, desde criterios económicos, de que la atención en urgencias tiene un coste superior a la atención primaria. De otro lado, no habría que descartar que la privación a los extranjeros en situación irregular de las prestaciones sanitarias mencionadas, podría dar lugar a la aparición de algunos problemas de salud pública, ante el riesgo de que un sector de la población enferma del país no disponga de atención, seguimiento y control médico (50).

Desde una perspectiva jurídica y de técnica legislativa, creo que, por la materia regulada y por su entidad, no debiera de haberse acudido a la norma extraordinaria del Decreto-ley para reformar la LOEX y la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. En mi opinión, debiera de haberse elaborado un proyecto de ley del Gobierno, tramitándose en las Cortes por el procedimiento legislativo ordinario o de urgencia. De este modo, se hubiera facilitado un debate parlamentario más amplio y participativo, con la posibilidad de introducir enmiendas parciales o de presentar un texto alternativo. Incluso se hubieran evitado la mayoría de los numerosos errores de que adolecía la norma, algunos de fondo y no meramente gramaticales.

Tanto el Preámbulo del Decreto-ley como el debate parlamentario de convalidación no acreditan, al menos de forma explícita y suficientemente razonada –a diferencia de lo que se hace con otras medidas como las relacionadas con la prestación farmacéutica o los recursos humanos–, la conexión necesaria que ha de existir entre la situación de urgencia definida (la grave dificultad económica que atraviesa el sistema sanitario público) y la medida que se adopta en el Decreto-ley de privar de la asistencia sanitaria pública y gratuita a los extranjeros en situación irregular, salvo la alusión genérica a la situación de crisis económica. Esta sería la única razón que determinaría la relación directa congruente entre la medida adoptada y la situación que se trata de afrontar con el Decreto-ley.

Considero que para examinar la constitucionalidad de la medida limitadora que sobre el derecho a la salud de los inmigrantes irregulares introduce el legislador de urgencia –en el Real Decreto-ley 16/2012–, el Tribunal Constitucional habría de valorar si dicha restricción, introducida por motivos económico-presupuestarios, respeta o no su contenido esencial y si supera o

(50) Cfr., al respecto, las opiniones de expertos en salud pública consultados por la Agencia Europa Press (<http://www.europapress.es/>) y el Defensor del Pueblo, en la *Resolución de 20 de julio de 2012, con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril...*, cit., según lo manifestado por la Organización Mundial de la Salud.

no los criterios del principio de proporcionalidad: idoneidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto. El Tribunal habrá de comprobar también si el legislador ha razonado y justificado de forma explícita y suficiente por qué ha restringido, por motivos económicos y también por razón de la nacionalidad y de su situación administrativa, el derecho de asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares. Asimismo, entendemos que el Alto Tribunal ha de examinar la constitucionalidad de esa medida limitadora del derecho a la salud teniendo en cuenta también la conexión del derecho con otros derechos fundamentales, como el derecho a la vida y a la integridad física. De igual modo, el Tribunal habría de acudir a la tutela y al reconocimiento universal que de ese derecho se hace en normas internacionales, que, de acuerdo con el art. 10.2 CE, pueden ser fuente de interpretación del derecho a la salud del art. 43 CE. Conforme a estas premisas, la medida restrictiva del derecho podría ser inconstitucional por vulnerar un derecho fundamental en su dimensión prestacional, acogiendo así una tendencia jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mediante la cual algunos derechos sociales pueden interpretarse por su vinculación con derechos fundamentales. Un indicio de esta posición podría apreciarse en el ATC 239/2012, de 12 de diciembre, en el que el Tribunal, ponderando los bienes jurídicos de un posible beneficio económico y de la salud pública e individual, acuerda levantar la suspensión de determinados preceptos de un Decreto autonómico, otorgando la importancia singular que en el marco constitucional tiene el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas frente a la mera consideración de un eventual ahorro económico.

Por último, respecto de la reacción de las Comunidades Autónomas a la reforma introducida por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, existen unos entes regionales en los que el Gobierno respectivo aplica de forma estricta el Real Decreto-ley 16/2012, negando la tarjeta y la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, salvo en los supuestos de atención en urgencias, mujeres embarazadas y menores de edad. Aunque, en relación con estos grupos de personas se han detectado también algunos casos de desatención por descoordinación y confusión en la aplicación del Decreto-ley. Por el contrario, otras Comunidades Autónomas han decidido no aplicar el Decreto-ley. Para ello, teniendo en cuenta lo dispuesto en sus Estatutos de Autonomía y en leyes autonómicas, han elaborado determinadas normas (sobre todo, instrucciones o circulares internas) que amplían la titularidad de las prestaciones y servicios sanitarios a los inmigrantes irregulares en las mismas condiciones que los ciudadanos de la Comunidad Autónoma, siempre que cumplan determinados requisitos. Otras Comunidades Autónomas, mediante normas autonómicas similares a las anteriores, han previsto la creación de

programas de salud pública o de carácter social para otorgar asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, aunque condicionando también su acceso al cumplimiento de ciertos requisitos como el 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), o el no superar una cuantía de ingresos determinada.

En definitiva, nos encontramos ante una situación de heterogeneidad normativa, con normas autonómicas de diverso y desigual contenido, algunas de ellas de carácter provisional, al estar pendientes de ulteriores desarrollos normativos. Esta situación de heterogeneidad normativa puede dar lugar a un no deseable «efecto llamada», a un desplazamiento de los inmigrantes irregulares desde aquellas Comunidades Autónomas que no les conceden el acceso a las prestaciones sanitarias adicionales o complementarias a otras Comunidades que sí se las ofrecen; a pesar incluso de la exigencia de ciertos requisitos como el estar empadronados en un municipio de la Comunidad Autónoma por un periodo de tiempo determinado.

