

Comentario de María Luisa Balaguer Callejón

Catedrática de Derecho Constitucional

Universidad de Málaga

Libro: El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: limitaciones y problemas competenciales.

Autor: Luis E. Delgado del Rincón.

Comentario

El comentario de esta obra se realiza a solicitud de Francisco Javier Matía Portilla, director, junto a Elvira Perales y Antonio Arroyo Gil, directores también del proyecto estatal “España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos fundamentales”.

Introducción

El establecimiento de la sanidad universal se lleva a cabo en España por la Ley 14/1986, de 25 de abril, y ya establece la extensión a españoles y extranjeros en condiciones muy amplias, y se ha mantenido así hasta que la crisis económica de 2008 el gobierno del estado acude a la crisis de urgencia para aprobar el RDL 16/2012 de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud.

Se destaca la importancia del trabajo en la elección de un tema no muy estudiado en el derecho constitucional todavía y que hace referencia a la necesidad de integrar el derecho a la salud en el marco del art. 15 CE por la importancia que en los estados sociales adquieren hoy algunos principios constitucionales cuya efectividad depende del estado prestacional.

En la presentación del libro el autor nos habla de su estructura:

El primer capítulo lo dedica a la reforma del art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que define la condición de asegurado y beneficiario del sistema sanitario y limita la extensión de la atención sanitaria a colectivos de extranjeros sin autorización de residencia.

El segundo es el RDL 7/2018, sobre el acceso universal al Sistema de Salud que en este caso extiende la asistencia sanitaria a los colectivos privados de ella por el anterior RD.

El tercero analiza la sentencia del TC 139/2016, de 21 de julio, por la que el Tribunal Constitucional sienta una jurisprudencia respecto a la consideración de la sanidad pública y su contenido constitucional.

Y el cuarto gira sobre el tema competencial derivado del art. 149.1.16 CE. El comportamiento de las CC.AA. ante la norma fue desigual; algunas lo aplicaron automáticamente y otras recurrieron ante el TC esta regulación y mientras aprobaron una normativa propia al amparo de lo que consideraron competencias compartidas de desarrollo y ejecución de las bases ampliando la cobertura que el estado había restringido.

Para ello comienza analizando la naturaleza jurídica del precepto constitucional en el que se encuadra el derecho a la salud, desde la consideración de derecho prestacional. Y busca apoyo en un exhaustivo trabajo doctrinal, en el que se recogen las publicaciones pertinentes al derecho a la salud de prestigiosos académicos que han tratado los aspectos centrales del precepto: León Alonso, Rey Martínez, Muñoz Machado y muchos más hasta agotar prácticamente la doctrina constitucionalista sobre este tema.

En el cap. II el libro deriva hacia el régimen jurídico de la asistencia sanitaria a los extranjeros y aquí la norma de aplicación es la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España a la que sobreviene el Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud.

Como antecedentes analiza la STC 95/2000, que en su FJ. n. 3 considera necesario armonizar ambas fuentes normativas en este tema. Igualmente resultarán de aplicación la Ley 14/1986, de 25 de abril general de sanidad, la Ley 16/2003 del Sistema Nacional de Salud, con las reformas del RDL 16/2012 y el 7/2018.

Con anterioridad al RDL de 2018 la LO 7/1985 reconocía el derecho de los extranjeros en los mismos términos que a los españoles, y el art. 9 establecía que los extranjeros accederían a las prestaciones de acuerdo con la legislación específica sobre la que se tratara. De manera que hay que acudir a la legislación sanitaria ley 14/1986, general de sanidad y al texto refundido de la ley general de la seguridad social y a la distinción entre residentes y no residentes, teniendo plenitud de derechos los residentes y los demás la tendrían según los convenios establecidos.

También considera la LO 4/2000 sobre derechos de extranjeros que exigía la presentación del permiso de residencia previo al empadronamiento de manera que los ilegales no podían acceder a la asistencia sanitaria, y que fue reformada por la LO 2/2009.

En análisis jurisprudencial que el libro realiza es muy exhaustivo y abarca todos los aspectos que tratan las sentencias, incluidos los votos particulares que en ellas se formulan.

Así la STC 17/2013 cuya constitucionalidad había sido puesta en cuestión por las CC.AA. en relación con el 18.4 CE en referencia a los datos personales que se exigen a las personas extranjeras, la sentencia no admite la inconstitucionalidad del precepto. El autor del libro razona sobre este importante problema que genera a quienes están de forma ilegal en España y han de acudir a la asistencia sanitaria con el riesgo de expulsión. T se muestra favorable a la tesis de los votos particulares, de 4 magistrados que discrepan de la constitucionalidad del precepto.

Parecido análisis se efectúa a partir de la reforma del RDL 16/2012 de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema sanitario, que restringen al sujeto asegurado

y beneficiario para acceder a la asistencia sanitaria, y una fuerte afectación a las prestaciones farmacéuticas. La reforma se considera excesiva en relación con una legislación de urgencia, y aquí se analiza también la naturaleza de la legislación de urgencia y se pregunta el autor si el encuadre constitucional de un derecho que se vincula tanto al del derecho a la vida, está o no regulado en la ubicación sistemática que procede, y no debería tener diferente naturaleza para así no tener que sustraerse a los límites del art. 86 CE.

En la STC 134/2017 se avanza en estas consideraciones y se afirma que en realidad el gobierno está utilizando esa legislación de urgencia para restringir derechos y frente al constitucionalismo de los derechos está anteponiendo la racionalización económica. En la STC 139/2016, el TC ya reconoció que no estamos ante un modelo de asistencia sanitaria universal, y da cuenta de un importante cambio de paradigma en el modelo ahora con motivo de la crisis sanitaria, pero no atribuye inconstitucionalidad a esta nueva legislación más restrictiva de los derechos porque considera que la sanidad tal y como vienen recogida en el texto constitucional no tiene exigencia de universalidad según el art. 43. CE. Estaría en esa línea de la “interpositio legislatoris” que deja un margen más o menos amplio a la legislación para moverse en el ámbito constitucional. Ni tampoco, dirá el Tribunal, la universalidad se puede confundir con una posible gratuidad en todo tipo de prestaciones sanitarias.

El libro se mueve en el estudio de esas limitaciones nuevas, y analiza las que se operan en los ciudadanos de la Unión Europea, que lógicamente aparecen beneficiados respecto de otras personas extranjeras, y valora como la peor situación corresponde como es lógico a las personas extranjeras que se encuentran en situación irregular, salvo en situaciones de urgencia que la ley permite, la de que recibirían asistencia sanitaria en los casos de enfermedad grave o accidente embarazo parto y posparto y menores de 18 años.

En 2018 el RDL 7/2018 de 27 de julio reestablece el sistema a la sanidad universal.

Y el autor analiza aquí el importante cambio de modelo que ha de ser el del ciudadano y no el del asegurado, lo que a su juicio se ajusta más a las exigencias de un estado social, sensible a las situaciones de necesidad en materia de asistencia sanitaria y garante de los derechos sociales.

Se muestra de acuerdo con el contenido de la nueva normativa, cuyas finalidades vienen explicitadas como: la primera reestablecer la atención sanitaria pública de los colectivos excluidos, la segunda acabar con la inseguridad jurídica en el acceso a la asistencia médica y una tercera de armonización de tantas normas para borrar posibles contradicciones. Se suprime el requisito del empadronamiento que era una barrera insalvable en algunos casos y hacía peligrar la situación de muchas personas en la ilegalidad.

En cuanto a la cuestión competencial, el análisis de constitucionalidad que se realiza desde el Tribunal Constitucional es también puesto en cuestión por el autor del libro que en la STC 139/2012 se ha obviado un problema importante respecto de los emigrantes.

El recurso interpuesto por varias CCAA, Navarra Asturias, Andalucía País Vasco, Cataluña y Canarias, razona sobre la situación que se crea al limitarse los derechos sanitarios en aquellas CCAA con una situación migratoria de importantes dimensiones..

Aquí el autor del libro muestra su posición crítica con los razonamientos de la mayoría del TC y se alinea con algunas de las argumentaciones contenidas en los VVPP. Las razones que el gobierno del Estado invoca para restringir estos derechos eran las de sostenibilidad del sistema sanitario evitando los abusos del turismo sanitario pero para el autor del libro que comentamos no hay motivación suficiente para el decreto ley en relación con el presupuesto habitante, y debió considerarse hasta donde llegan los límites materiales del art. 86 CE.

La apuesta que se formula en el libro es muy interesante al entrar a considerar la relación entre el 43 CE y el art. 15 CE en su contenido esencial. Un principio rector como el derecho a la salud es inescindible del derecho a la integridad física y moral y aún del derecho a la vida, y por lo tanto su análisis debe hacerse desde esta consideración. La idea está en el voto particular formulado por el magistrado Fernando Valdés y aquí despega doctrinalmente como una opción válida en la reflexión de una reforma constitucional.

También el TC considera que es constitucionalmente admisible la exclusión de extranjeros en situación irregular por no ser contrario al art. 43 CE y también ignora a juicio de juicio del autor la conexión de esta norma con otros derechos fundamentales como el 14 CE, que exige una causa de justificación de esa desigualdad difícil de entender en una situación de peligro de la salud. La idea de que la sanidad universal lo sea por una ley y no por una exigencia de la Constitución en un Estado Social es difícil de justificar y el TC no lo consigue, como tampoco esa diferenciación entre la titularidad del derecho y sus posibilidades de ejercicio. Ese paso de una sanidad bonificada a otra sanidad de beneficiario cotizante no puede darse sin grave quebranto de derechos que interesan a un estado prestacional, ni la idea de que no es inconstitucional la diferencia de trato entre españoles y extranjeros en orden a la prestación de un derecho como el de la salud.

En relación con las competencias de las CCAA en materia de legislación de la sanidad, había que tener en cuenta que este es un sistema en el que se atribuye al estado la competencia de las bases, y a las CC.AA. el de desarrollo. Las CC.AA. intentaban regular un poco el desorden que se creó en los centros de salud e instituciones sanitarias para saber a quién y de que forma se podía prestar el servicio, y cuales enfermedades estaban o no cubiertas y esto permite a veces salirse de la norma estatal.

La normativa que las CC.AA. acometen en relación con la gestión de la sanidad es recurrida por el Estado y el TC dictará las STC 134/2017 y STC 18/2018 por la que declarará la inconstitucionalidad y nulidad de algunos preceptos como los que se refieren a los sujetos protegidos de los que declara que forman parte de lo básico. Y aquí se plantea otro tema de discusión doctrinal importante en cuanto a la razón de que las CC.AA. no puedan ampliar esta titularidad de los derechos a otras personas.

La STC 63/2017 contiene votos particulares en relación con esta apreciación, que consideran que habría dos fórmulas de permitir que las CC.AA. cumplieran sus objetivos si tienen voluntad de ampliar la cobertura sanitaria, una de ellas sería la de hacerlo con cargo a presupuestos propios y la otra a través del título habilitante de la asistencia social.

Conclusión

Acerca del libro y su oportunidad el juicio es muy positivo porque se centra en uno de los temas de mayor relevancia en el derecho constitucional que es el del desarrollo de un modelo de estado que la Constitución Española vigente acogió en su momento y la evolución de la dogmática jurídica va llevando a posiciones cada vez más sociales. Los principios rectores del ordenamiento a veces van evolucionando hacia necesidades de la sociedad que demandan más intensidad normativa. Ocurre con el derecho de vivienda del que se habla ya no como un principio rector sino como una verdadera exigencia de derecho fundamental habitacional, y en la sanidad ha ocurrido lo mismo con el derecho a la salud, y su referencia cada vez mayor al art. 15 CE.

Se acierta en el tema y también en el análisis al determinar una posición crítica con los juicios positivistas de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en cuyas sentencias no se percibe esa necesidad que la sociedad presenta, la de una asistencia médica y sanitaria universal como exigencia de un estado prestacional que responda a los estándares exigibles en ese modelo de estado.

Y el libro al adoptar esa posición se alinea con este modelo exigible por la sociedad. Esto le permite desarrollar una argumentación importante de cara a una posible reforma constitucional que tenga en cuenta las exigencias sociales para la determinación de otra ubicación, no solamente de este derecho, sino de otros principios rectores que fueron formulados así en su momento pero que el paso del tiempo hace ver cada vez con mayor claridad la necesidad de que sean reformulados de conformidad con las necesidades actuales de la comunidad.

En consecuencia, el libro supone un acierto y así se valora.