

La regulación española de la asistencia sanitaria al inmigrante en situación irregular como desafío a la universalidad de los derechos

Spanish regulation of health care for undocumented immigrants as a challenge to the universality of rights

Laura Miraut Martín¹

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Sumario: 1. Planteamiento de la cuestión. 2. La solución legislativa. 3. La perversión del sentido de la universalidad del derecho a la protección de la salud en la doctrina jurisprudencial 4. Bibliografía.

Resumen: En su aplicación al derecho a la protección de la salud el principio de universalidad de los derechos ha de interpretarse en términos de accesibilidad a las prestaciones del sistema. Ello suscita la exigencia de hacer pivotar el sistema en gran medida sobre la capacidad económica de cada uno, prohibiendo en cualquier caso la exclusión de los más necesitados. En este punto la reincorporación de los inmigrantes en situación administrativa irregular como titulares del derecho a la asistencia sanitaria gratuita que promueve el Real Decreto – ley 7/2018, de 27 de julio, merece un juicio favorable. Con todo, la solución arbitrada por el Tribunal Constitucional en su valoración de la normativa anterior deja abierta la puerta a una involución legislativa que no tomara en cuenta el genuino sentido de la universalidad en términos de accesibilidad a las referidas prestaciones.

Palabras clave: Asistencia sanitaria, derechos, inmigración, universalidad.

Abstract: In its application to the right to health protection, the principle of universality of rights must be interpreted in terms of accessibility to the system's benefits. This raises the need to pivot the system largely on the economic capacity of each, in any case prohibiting the exclusion of the most needy. At this point the reinstatement of immigrants in an irregular administrative situation as holders of the right to free health care promoted by Royal Decree – Law 7/2018 of 27 July, deserves a favorable judgment. However, the solution arbitrated by the Constitutional Court in its assessment of the previous legislation leaves open the door to a legislative involution that does not take into account the genuine sense of universality in terms of accessibility to the aforementioned benefits.

Keywords: Health care, rights, immigration, universality.

I.- EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

El Real Decreto – ley 7/2018, de 27 de julio, sobre acceso universal al Sistema Nacional de Salud ha devuelto a los inmigrantes que no disponen de residencia legal en el territorio español la condición de igualdad formal con los españoles en el acceso a las prestaciones sanitarias que les fue sustraído con la entrada en vigor del Real Decreto – ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la

¹ Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Coordinadora del Grupo de Investigación “La decisión judicial” de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Hasta el año 2012 funcionaba el sistema instaurado por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que no requería otro requisito que el empadronamiento en el municipio de su domicilio para tener los extranjeros derecho a la asistencia sanitaria "en las mismas condiciones que los españoles"².

El Real Decreto – ley 16/2012, de 20 de abril, únicamente reconoció el derecho a la asistencia sanitaria gratuita con cargo a fondos públicos a los extranjeros en situación de irregularidad administrativa en España que fueran menores de dieciocho años o cuando se tratara de una asistencia sanitaria en las modalidades a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica, b) De asistencia al embarazo, parto y postparto. Nos encontrábamos así ante una situación de discriminación por razón de situación administrativa que ponía en cuestión el carácter universal del derecho a la protección de la salud al ser la asistencia sanitaria un instrumento fundamental para su realización. La justificación económica que se quiso dar a la reforma como exigencia imprescindible para asegurar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud no acalló las voces críticas que entendían que la discriminación establecida por el Real Decreto – ley 16/2012, resultaba éticamente inadmisibles y contraria al sistema de derechos y valores que proclama la Constitución. El rechazo frontal a la reforma desde el planteamiento universalista de la atención sanitaria, y con ello del derecho a la protección de la salud, no se detuvo quizá suficientemente en las dificultades técnicas inherentes a la puesta en práctica de la discriminación generada³ reclamando a la par la derogación normativa de la referida discriminación en el acceso a las prestaciones sanitarias y el urgente pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la misma⁴.

El argumentario frente a la reforma instaurada por el Real Decreto – ley 16/2012, ha insistido también en la idea de los "déficits relacionados con la racionalidad teleológica" al entender que la puesta en marcha de la reforma resultaba, por su propia condición, incapaz de conseguir los objetivos que la

² La redacción originaria del artículo 12.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que disponía "los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles" experimentó una modificación de matiz en su redacción con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que sustituyó la expresión "residan habitualmente" por "tengan su domicilio habitual". Es en todo caso una modificación puramente formal, intrascendente desde el punto de vista de la titularidad efectiva del derecho en cuestión.

³ Hemos insistido en ellas en nuestro trabajo "La devaluación del principio de universalidad del derecho a la salud en la perspectiva de la regulación española de la atención sanitaria al inmigrante", en Narciso Martínez Morán, Ana María Marcos del Cano, Rafael Junquera de Estéfani (Coordinadores), *Derechos Humanos: Problemas actuales. Estudios en Homenaje al Profesor Benito de Castro Cid*, Volumen II, Universitas, Madrid, 2013, págs. 1017-1036, resaltando las dificultades de determinar la mayoría de edad de un inmigrante indocumentado sin afectar a sus derechos fundamentales, la posibilidad de una interpretación extensiva de los conceptos de urgencia y gravedad que pudiera además derivar en el reconocimiento de la asistencia sanitaria cualquiera que hubiera sido el momento y lugar en que se produzca la enfermedad o el accidente que justifican su prestación y el carácter inevitablemente abierto del concepto de postparto que reclama la interpretación que en mayor medida favorezca los intereses del recién nacido.

⁴ En realidad los recursos ante el Tribunal Constitucional no se han limitado al planteamiento estricto de la discriminación por razón de situación administrativa, argumentando igualmente la supuesta ilegitimidad de la regulación de la materia a través de la figura del Decreto – ley, o de la vinculación del derecho a la asistencia sanitaria con el concepto de asegurado, o razones de índole competencial.

motivaron⁵. Es cierto que la discriminación que sufren los inmigrantes que se encuentran en España en situación irregular y la puerta abierta que se deja a la asistencia sanitaria gratuita de urgencia cualquiera que sea la situación administrativa del inmigrante era previsible que condujera a una saturación de los servicios de urgencias en perjuicio del normal funcionamiento del Servicio Nacional de Salud. Igualmente previsible es el riesgo que para la salud pública conlleva la no atención irrestricta a cualquier miembro de hecho de la comunidad que requiriese la asistencia sanitaria. Son razones de peso que curiosamente atienden a los intereses de los miembros originarios de la sociedad de acogida sin tomar en consideración el dato cierto de que los más directamente afectados son los inmigrantes en situación administrativa irregular. A nadie se le puede escapar que es mucho más grave verse privado de la asistencia sanitaria gratuita que sufrir ciertos desórdenes o desarreglos en el funcionamiento del Sistema Nacional de Salud.

Nada hay de extraño en ello porque por lo general las políticas públicas de la inmigración acostumbran a perseguir prioritariamente los intereses de los miembros originarios de la sociedad de acogida manteniendo una actitud puramente asistencial en los aspectos en mayor medida subsistenciales de los inmigrantes⁶. Lo curioso es que en el caso que nos ocupa no hayan sido atendidos esos déficits relacionados con la racionalidad teleológica de la norma. Seguramente porque una vez constatado que no se tomaron en consideración en el momento de su aprobación asumirlos a posteriori como razón para proceder a una reforma de la norma podría provocar la imagen de que había razones éticas suficientes para proceder a la misma, razones vinculadas con la ilegitimidad que conlleva el atentado al principio de universalidad del derecho a la salud.

Lo cierto es que la desatención a esos planteamientos prioritariamente vinculados a la lógica interna de la norma ha dejado el campo expedito al planteamiento estrictamente jurídico de la discriminación referida, que en los últimos tiempos ha obtenido la correspondiente respuesta tanto por parte del poder legislativo, a instancia del Gobierno que de nuevo recurrió a la forma jurídica del Decreto – ley para llevar a cabo la reforma, como por parte del Tribunal Constitucional. El hecho de que la reforma normativa haya resultado posterior en el tiempo a la posición adoptada por el Tribunal Constitucional ha privado a esta última de efectividad real en el momento actual. Pero ello no impide la relevancia que tiene como doctrina del Tribunal relativa al juicio de legitimidad acerca de la discriminación por razón de situación administrativa en el acceso a la asistencia sanitaria.

Es por ello necesario referir por separado el sentido de la reforma normativa promovida por el Real Decreto – ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud y la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional. Sobre todo porque la eventual satisfacción que puede provocar el Real Decreto – ley 7/2018, no impide que en el futuro pudiera producirse una involución legislativa sobre el tema, que necesariamente habría de valorarse a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto.

II.- LA SOLUCIÓN LEGISLATIVA

La regulación actual del acceso al Sistema Nacional de Salud supone un avance evidente con respecto a la situación anterior en lo que concierne a la asunción de las exigencias que impone el principio de universalidad del derecho a la protección de la salud. De hecho, el Real Decreto – ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, se presenta como la respuesta precisa a las medidas adoptadas por el Real Decreto – ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas

⁵ CENTENERA SÁNCHEZ – SECO, F. “La crisis y el derecho a la salud: un diagnóstico de tensiones y soluciones”, en *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, Vol. 19, núm. 1, 2016, pág. 162.

⁶ MIRAUT MARTÍN, L. “Los objetivos de las políticas de inmigración”, en Laura Miraut Martín (Editora), *Justicia, Migración y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 333-352.

urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Así la Exposición de Motivos del nuevo Real Decreto – ley después de calificar al acceso al Sistema Nacional de Salud en condiciones de equidad y universalidad como “un derecho primordial de toda persona” advierte que “la garantía de este derecho y la protección efectiva de la salud de la ciudadanía cobra aun mayor importancia cuando quienes se ven privados de una asistencia normalizada son colectivos de una especial vulnerabilidad, amenazados por la exclusión social, como es el caso de la población extranjera no registrada ni autorizada a residir en España”, y subraya que la entrada en vigor del Real Decreto – ley 16/2012, “supuso de facto una vulneración de este derecho”.

Cohherentemente con esa consideración el número 3 del Real Decreto – ley modifica el artículo 3 ter. 1 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud en los siguientes términos: “Las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española”. Se recupera así el sentido real del principio de universalidad de los derechos en relación al derecho a la protección de la salud. La crítica a la regulación española podría venir del trato desigual que resultaría del hecho de la necesidad de acreditar la residencia el extranjero en situación regular en tanto que el extranjero en situación irregular, dispone directamente del “título jurídico” para acceder a la asistencia sanitaria con la única condición de la emisión preceptiva de un informe previo favorable de los servicios sociales competentes en las Comunidades Autónomas para los supuestos de los extranjeros que se encuentren en España en régimen de estancia temporal⁷. Es una crítica poco justificada en mi opinión porque la extensión de la titularidad de un derecho a un ámbito superior de aquéllos a quienes se les reconoce tradicionalmente siempre supone la coincidencia en la titularidad del mismo de individuos con condiciones y situaciones administrativas diferentes. Lo importante es que se pasa a un sistema en el que el título habilitante para la titularidad del derecho no es la condición de asegurado sino la mera situación de residente de hecho en el país⁸.

Mayor importancia tiene el tema de que se pudiera cargar al sistema sanitario con lo que la propia Exposición de Motivos del Real Decreto – ley 7/2018, denomina un “uso inapropiado” del mismo estableciéndose al respecto como requisitos para poder acceder a la asistencia sanitaria con cargo a los fondos públicos de las Administraciones competentes la inexistencia de la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía en virtud de lo dispuesto en el derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable, la imposibilidad de exportar el derecho de cobertura sanitaria desde el país de origen o procedencia del individuo en cuestión y la inexistencia de un tercero obligado al pago. En ese mismo sentido se asume el carácter territorial de la asistencia sanitaria al advertir que el reconocimiento universal de la misma a quienes

⁷ GOMEZ ZAMORA, L. J. “Comentario al Real Decreto – ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud”, en *Gabilex*, núm. 15, septiembre 2018, pág. 321-322.

⁸ PANIZO ROBLES, J. A. “El acceso a la asistencia sanitaria pública se configura como derecho universal al margen del sistema de la Seguridad Social (Comentario al Real Decreto – ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud)”, www.normacef.es/noticia.aspx?id=19797&ibd=4, pág. 1, ha indicado que con la nueva normativa el derecho a la asistencia sanitaria sale del ámbito de la Seguridad Social “para configurarse como un derecho de ciudadanía”. La afirmación vale únicamente si tomamos el concepto de ciudadanía en su concepto más amplio como un concepto vinculado a la propia condición de individuo que desarrolla su existencia en un determinado Estado, más allá de la presencia o no de determinados requisitos formales habilitantes de la participación del individuo en la toma de decisiones colectivas que conciernen a los intereses de la propia comunidad.

se encuentren en España "no genera un derecho a la cobertura de la asistencia sanitaria fuera del territorio español financiada con cargo a fondos públicos de las Administraciones competentes". Estamos en definitiva ante una regulación equilibrada que trata de armonizar con la máxima prudencia las exigencias del principio de universalidad del derecho a la protección de la salud con las exigencias inherentes a la sostenibilidad financiera del Sistema Nacional de Salud.

Llama en este punto la atención por lo que representa de "reconocimiento implícito a la no universalidad del sistema" el hecho de que se mantenga la vigencia de los convenios especiales de prestación de asistencia sanitaria suscritos⁹ como forma de acceder al servicio público sanitario a través del pago de una cuota mensual quienes no dispusieran de cobertura sanitaria legalmente reconocida. Este instrumento de acceso a la asistencia sanitaria tenía pleno sentido en un sistema que restringe la titularidad del derecho en cuestión, pero resulta un tanto fuera de lugar en un sistema de reconocimiento universal de la titularidad como el que promueve la nueva normativa.

Resulta igualmente sorprendente la insistencia de la Exposición de Motivos a la hora de justificar la existencia de la necesidad urgente e inmediata que habilita la utilización de la figura del Decreto – ley para regular la cuestión, en destacar el riesgo potencial que para la salud pública tiene la no asistencia a colectivos que fijan su residencia en España olvidando el dato cierto de que esos mismos colectivos se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad. Y es que esa situación de especial vulnerabilidad que la propia Exposición de Motivos reconoce como dato que proporciona la mayor importancia a la garantía del ejercicio del derecho a la asistencia sanitaria a los colectivos en riesgo de exclusión social es igualmente expresiva de la necesidad urgente e inmediata de proceder a la adecuada regulación. Parece a simple vista que la Exposición de Motivos reconoce unas condiciones diferentes para constatar la mayor importancia de la garantía del ejercicio del derecho por parte de los hasta entonces excluidos o para constatar la apremiante necesidad de dictar la normativa que dispone el reconocimiento universal del derecho referido, lo cual no tiene desde luego sentido. Cierto es que resulta afectada por la exclusión tanto la salud individual como la colectiva. Pero la necesidad urgente o inmediata de proceder a la reforma de la regulación legal no lo es tanto por la mera afectación de la salud individual sino, sobre todo, por el dato cierto de que los individuos que en este punto ven afectada su salud se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad.

Cabría en este sentido destacar que incluso una regulación respetuosa con el principio de universalidad del derecho a la protección de la salud mantiene aún ciertos residuos de la concepción que toma como punto de referencia de las políticas públicas de inmigración a la preservación prioritaria de los intereses de los miembros originarios de la sociedad de acogida. Ello representa un simple desliz en una regulación que viene a suponer un vuelco absoluto en el espíritu y en la letra de la regulación de la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria. Pero es en cualquier caso tener presente que tampoco el reconocimiento legal del derecho a la asistencia sanitaria a las personas que se encuentran en una situación administrativa irregular se va a bastar por sí mismo para garantizar la igualdad de acceso de este colectivo y de miembros originarios de la sociedad de acogida. La propia condición de ciudadano irregular o no ciudadano, esto es, de persona a quien no se reconoce el derecho a participar en las elecciones a representantes de la comunidad va a sumir al inmigrante en situación irregular en una situación mental de inferioridad, de no reconocimiento por parte de los demás que redundará probablemente en una autorestricción a la hora de ejercer cualquier derecho, aun los derechos cuya titularidad formal se les reconoce¹⁰. Estaríamos en definitiva ante una situación de

⁹ GOMEZ ZAMORA, L. J. op. cit., pág. 327.

¹⁰ ARA PINILLA, I. "Los cauces de la exclusión en la articulación jurídica de la asistencia sanitaria", en Ana María Marcos del Cano (Directora), *El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral*, Dykinson, Madrid, 2017, págs. 109-110.

“exclusión estructural” que reclama también por parte de los poderes públicos una acción dirigida a garantizar a quienes integran ese colectivo especialmente vulnerable unas condiciones ambientales que provoquen el ejercicio efectivo por su parte del derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los miembros originarios de la sociedad de acogida. Es ésta una exigencia que, evidentemente, no puede satisfacer una disposición legal empeñada en revertir la situación de discriminación formal que provocó la entrada en vigor del Real Decreto – ley 16/2012.

III.- LA PERVERSIÓN DEL SENTIDO DE LA UNIVERSALIDAD DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El mayor riesgo para la vigencia futura del principio de universalidad de los derechos en relación con el derecho a la protección de la salud en España no radica tanto en una interpretación eventualmente desviada o restrictiva de la normativa actualmente en vigor como en la puerta abierta que deja la doctrina del Tribunal Constitucional a que pueda producirse una involución legal que resultara, como consecuencia de esa misma doctrina del Tribunal Constitucional de antemano inmune al control de su conformidad con los principios y valores que encarna la Constitución. En este punto ha producido un efecto entendemos que pernicioso para la propia interpretación de las exigencias que impone el artículo 43 del texto constitucional la vigencia, siquiera sea por el escaso período de seis años, 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.

El rechazo que en su momento suscitó la discriminación de los inmigrantes en situación administrativa irregular en relación a la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria provocó una reacción en forma de recursos ante el Tribunal Constitucional que han sido resueltos en diversas sentencias emitidas en los años 2011 y 2017, resaltando la sentencia 139/2016, de 21 de julio que va a fijar la línea argumental a la que el propio Tribunal Constitucional se va a remitir en sus sucesivas resoluciones. La doctrina del Tribunal Constitucional viene a avalar la conformidad a la Constitución de la discriminación formal que representa la exclusión del inmigrante en situación administrativa irregular del acceso a la asistencia sanitaria pública y gratuita. Esta posición nos parece abiertamente criticable.

El Tribunal Constitucional empieza por reconocer al derecho a la protección de la salud como un derecho de configuración legal que, como tal, deja en manos del legislador tanto su contenido prestacional como, implícitamente, la determinación de su titularidad: “La nueva regulación de la condición de asegurado del Sistema Nacional de Salud supone un cambio en la política de progresiva extensión de la asistencia sanitaria gratuita y bonificada... el sólo hecho del cambio de criterio del legislador en nada afecta a la constitucionalidad de la medida, ya que la Constitución no ha prefigurado directamente un contenido prestacional que el legislador deba reconocer necesariamente a cualquier persona, sino que el art. 43.2 CE impone un mandato a los poderes públicos, y en particular al legislador, para establecer los derechos derivados del apartado 1 de ese mismo precepto ... se trata de un derecho de configuración legal y que, por tanto, permite al legislador redefinir los derechos y obligaciones de los titulares del mismo”.

Creemos que el argumento expresado conlleva un salto lógico inaceptable porque una cosa es el contenido prestacional del derecho a la asistencia sanitaria y otra cosa muy distinta es la exclusión de un determinado colectivo en el acceso al mismo. El reconocimiento de la discrecionalidad al legislador para fijar el contenido prestacional del derecho no implica accesoriamente que pueda también establecer criterios no suficientemente razonados para la exclusión de ningún tipo de colectivo. La situación de crisis económica que vivía España en 2012 perfectamente podía justificar un ajuste legal del contenido prestacional del derecho pero no una exclusión irracional de su titularidad. Una interpretación adecuada del principio de universalidad de los derechos en su referencia al derecho a la protección de la salud

y de la exigencia de no discriminación debería excluir la posibilidad de que las exigencias derivadas de cualquier situación económica la pagaran en exclusiva los miembros de un determinado colectivo a quienes no se negaba hasta entonces la titularidad del derecho en cuestión. Y ello porque las mismas razones que habían avalado el reconocimiento de la titularidad del derecho por su parte seguían vigentes en cualquier caso. La ponderación del contenido prestacional del derecho puede conducir a una reducción de las prestaciones, pero debería ser una reducción que afectara en principio de manera semejante a los distintos titulares evitando así el fácil expediente que supone mantener en sus términos el contenido prestacional del que disfruta la mayoría condenando a una minoría, que por lo demás se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad, a la exclusión formal. Y ello al margen del dato que supone la especial vinculación existente también entre la asistencia sanitaria y la realización del derecho a la vida que bien pudiera cuestionar el margen de apreciación que concede el Tribunal Constitucional al legislador¹¹.

Lo curioso es que el propio Tribunal Constitucional se empeñó en mantener la idea del acceso universal al derecho a la asistencia sanitaria haciéndola compatible con la misma idea de exclusión. En ese sentido señala que "es posible en términos constitucionales la falta de identidad entre el derecho al acceso universal al sistema de salud pública de ese "todos" del art. 43 CE, con que ese acceso a la sanidad pública incluya beneficiarse de un concreto régimen de prestaciones gratuitas o bonificadas con cargo a fondos públicos". Se trataría en definitiva de sostener una concepción puramente formal de la universalidad como posibilidad formal de acceder a unas prestaciones que a unos les podría suponer un determinado coste no extensible a los demás.

Supondría ello entender sin ir más lejos que el instrumento de los convenios especiales de prestación de asistencia sanitaria que se ponía a disposición de quienes no tuvieran derecho a la asistencia sanitaria gratuita con base a fondos públicos se bastaba por sí solo para preservar las exigencias que impone esa peculiar interpretación del principio de universalidad de los derechos en relación con el derecho a la protección de la salud.

El Tribunal Constitucional apunta claramente en esa dirección cuando resalta la ausencia de coincidencia entre las nociones de universalidad y gratuidad en el acceso al derecho en cuestión: "La universalidad, en lo que significa como derecho de acceso y la correlativa obligación de los servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud de atender a los usuarios que reclaman atención sanitaria, no puede, en suma, confundirse con un derecho a la gratuidad en las prestaciones y los servicios sanitarios. Esta consecuencia no se deriva de manera inmediata de la Constitución Española, sino que ha de ser, en su caso, apreciada por el legislador atendiendo a las circunstancias concurrentes".

No hay nada que objetar en principio a una determinación de las condiciones y términos en que se accede a la asistencia sanitaria que pudiera excluir la idea de gratuidad entre otras cosas porque probablemente no todos los ciudadanos se encuentren en una situación de necesidad pudiendo abonar una determinada cuota económica por recibir la prestación del servicio. Tampoco habría nada que objetar a la afirmación de que corresponde al legislador determinar esos términos y condiciones. Pero de ello no se puede deducir que el legislador disponga de una discrecionalidad absoluta al respecto. Todo lo contrario, deberá valorar las circunstancias concurrentes para en base a ellas disponer un sistema que garantice la vigencia del principio de universalidad en el disfrute del derecho a la protección de la salud.

Al ser la asistencia sanitaria un instrumento esencial para la realización del derecho a la protección de la salud se deduce que la valoración de esas condiciones y términos en que se accede a la asistencia sanitaria en ningún caso debiera conducir a una exclusión de ningún colectivo con respecto a la posibilidad real de acceder a la asistencia en la medida de lo posible en condiciones semejantes a las de los demás.

¹¹ *Ibidem*, pág. 113.

Y en este sentido carecería de toda lógica que fuera precisamente el colectivo especialmente vulnerable que son los inmigrantes en situación administrativa irregular, que normalmente no disponen de medios económicos suficientes para atender por sí mismos sus necesidades sanitarias, los que se vean obligados a asumir un coste del que quedan dispensados los otros miembros de la comunidad.

Habría que atender en definitiva a unos parámetros que en principio deberían conducir a la solución contraria, esto es, a la bonificación de los colectivos vulnerables que encuentran dificultades extremas para sufragarse ellos mismos la asistencia sanitaria. El voto particular a la sentencia emitido por el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré señala certeramente en este sentido que la condición de la gratuidad del acceso a la asistencia sanitaria "formará parte o no del derecho a la salud en virtud de una serie de parámetros que la Sentencia no parece tener en cuenta, y que tienen que ver con la disponibilidad de medios económicos de quienes quedan excluidos del sistema y no tienen ninguna alternativa de acceder a prestaciones sanitarias básicas vinculadas con la atención primaria". Así planteado el tema se trataría de determinar "si la exclusión de un determinado colectivo puede basarse en un criterio como el origen nacional o la condición administrativa vinculada a la residencia legal, circunstancias éstas que ninguna conexión tienen con la capacidad económica que, al menos a priori, debería ser la condición determinante para exigir o no el pago de determinados servicios". Evidentemente la respuesta deberá ser negativa, precisamente porque es la capacidad económica el factor a tener en cuenta a la hora de poder establecer discriminaciones en el acceso a la asistencia sanitaria para permitir la realización igualitaria del derecho a la protección de la salud.

La consideración del principio de universalidad aplicable a la asistencia sanitaria no necesariamente reclama la exigencia de la gratuidad, pero sí en todo caso la de la asequibilidad entendida como "accesibilidad económica a los servicios de atención de la salud a fin de evitar la imposibilidad de acceder a los servicios a grupos o colectivos vulnerables, como lo es el de los extranjeros en situación de irregularidad administrativa"¹². Es en este sentido concreto en el que ha de entenderse vulnerado el principio de universalidad en relación con el derecho a la protección de la salud por parte del Decreto – ley 16/2012¹³. El hecho de que el Tribunal Constitucional haya convalidado esa normativa amparándose en la consideración del derecho a la protección de la salud como un derecho de configuración legal sin especificar el elemento reglado de esa configuración que representa la interdicción de la arbitrariedad en el ajustamiento a las exigencias del principio de universalidad de los derechos predetermina la ausencia de inconveniente constitucional de cualquier reforma legislativa de la regulación arbitrada por el Real Decreto – ley 7/2018.

Entendemos en este sentido inadecuada la solución del Tribunal Constitucional no tanto por los efectos inmediatos de su decisión, que son nulos al haberse ya derogado la norma que dio origen al control de constitucionalidad, sino por lo que tiene de legitimación de antemano de cualquier involución legislativa que pudiera darse en el futuro en un sentido semejante al que motivó la sentencia del Tribunal. Ese es el riesgo al que se enfrenta ahora el principio de universalidad en su aplicación al derecho a la protección de la salud. Un riesgo que no por quedar aplazado en el tiempo deja de resultar menos grave.

¹² DELGADO DEL RINCON, L. E. "El derecho a la asistencia sanitaria del colectivo vulnerable de los extranjeros sin autorización de residencia tras la STC 139/2016, de 21 de julio: la confirmación de una limitación anunciada", en Ana María Marcos del Cano (Directora), *El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral*, cit., págs. 363-364.

¹³ GOIZUETA VERTIZ, J. "El acceso a la sanidad pública: transformaciones del modelo y límites constitucionales", en *Revista Vasca de la Administración Pública*, núm. 109 – II, septiembre-diciembre 2017, págs. 192-193.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ARA PINILLA, I., "Los cauces de la exclusión en la articulación jurídica de la asistencia sanitaria", en Ana María Marcos del Cano (Directora), *El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral*, Dykinson, Madrid, 2017, págs. 79-115.
- CENTENERA SÁNCHEZ – SECO, F., "La crisis y el derecho a la salud: un diagnóstico de tensiones y soluciones", en *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, Vol. 19, núm. 1, 2016, págs. 141-172.
- DELGADO DEL RINCON, L. E., "El derecho a la asistencia sanitaria del colectivo vulnerable de los extranjeros sin autorización de residencia tras la STC 139/2016, de 21 de julio: la confirmación de una limitación anunciada", en Ana María Marcos del Cano (Directora), *El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral*, Dykinson, Madrid, 2017, págs. 351-369.
- GOIZUETA VERTIZ, J., "El acceso a la sanidad pública: transformaciones del modelo y límites constitucionales", en *Revista Vasca de la Administración Pública*, núm. 109 – II, septiembre-diciembre 2017, págs. 171-194.
- GOMEZ ZAMORA, L. J., "Comentario al Real Decreto – ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud", en *Gabilex*, núm. 15, septiembre 2018, pág. 281-332.
- MIRAUT MARTÍN, L., "La devaluación del principio de universalidad del derecho a la salud en la perspectiva de la regulación española de la atención sanitaria al inmigrante", en Narciso Martínez Morán, Ana María Marcos del Cano, Rafael Junquera de Estéfani (Coordinadores), *Derechos Humanos: Problemas actuales. Estudios en Homenaje al Profesor Benito de Castro Cid*, Volumen II, Universitas, Madrid, 2013, págs. 1017-1036.
- MIRAUT MARTÍN, L., "Los objetivos de las políticas de inmigración", en Laura Miraut Martín (Editora), *Justicia, Migración y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 333-352.
- PANIZO ROBLES, J. A., "El acceso a la asistencia sanitaria pública se configura como derecho universal al margen del sistema de la Seguridad Social (Comentario al Real Decreto – ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud)", en www.normacef.es/noticia.aspx?id=19797&ibd=4.