

RECENSIÓN

Delgado del Rincón, Luis E., *El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: limitaciones y problemas competenciales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019

DR. LUIS JIMENA QUESADA

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia*

El Doctor Delgado del Rincón, Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Burgos, nos ofrece un estudio monográfico sólido y de insoslayable consulta para acercarnos a uno de los derechos fundamentales más vinculados con la vida e integridad de las personas y, por ende, más inherentemente relacionados con el respeto de la dignidad humana y, pese a ello, puesto flagrantemente en entredicho en los últimos años en España bajo el pretexto de las medidas anticrisis de austeridad. En efecto, el libro aborda el régimen jurídico del derecho a la salud de las personas extranjeras que se encuentran en situación administrativa irregular. A este respecto, el autor no sólo analiza con rigor técnico los vectores jurídicos de ese derecho fundamental (en los que ya ha abundado en brillantes trabajos precedentes), sino que muestra una clara vocación protectora hacia la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas afectadas. Lo cual da fe del enfoque del Profesor Delgado de propiciar una transferencia de sus conocimientos e investigaciones para beneficio de la sociedad, esto es, en favor de la optimización del acceso y disfrute de los derechos fundamentales.

Naturalmente, la obra tiene como eje de análisis la base del art. 43 de la Constitución Española de 1978 (CE) y el modo en que se han construido, normativa y jurisprudencialmente, los estándares nacionales e internacionales del derecho a la salud. En este sentido, en el libro se tiene presente, como punto de arranque que el tenor literal del art. 43 CE, tanto en su apartado 1 (fórmula impersonal “se reconoce”) como en su apartado 2 (“todos”, que justamente guarda identidad con los sujetos titulares del derecho a la vida y a la integridad del art. 15 CE), ha diseñado un sistema universal de acceso al derecho a la salud que vino a recogerse en el art. 2.1 de la Ley General de Sanidad de

1986. En cambio, semejante diseño constitucional y legislativo vino a ser alterado por la legislación anticrisis plasmada en el Real Decreto-ley 16/2002, 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, a través del cual se limitaba el acceso a las personas inmigrantes en situación irregular (solamente menores de dieciocho años, mujeres embarazadas y casos de urgencia). Tamaña exclusión y ruptura con la consolidada regla de la universalidad vino avalada por la STC 139/2016, de 21 de julio. Pues bien, estas son las coordenadas en las que se desenvuelve la monografía a lo largo de sus cinco capítulos.

* * * * *

Concretamente, el capítulo I, de carácter introductorio, aborda “la dimensión prestacional del derecho a la protección de la salud del art. 43 CE”. En él se efectúa un acercamiento a las claves del reconocimiento de dicha disposición constitucional, su inspiración en el Derecho comparado (especialmente, en el art. 32 de la Constitución italiana), su ubicación sistemática y su lectura dogmática por la doctrina española. Desde esta perspectiva, Luis Delgado sostiene de entrada que el derecho de asistencia médica o de acceso a las prestaciones sanitarias ofrecidas por el Estado se corresponde con una de las dimensiones más conocidas del derecho a la protección de la salud del art. 43.1 CE, la dimensión prestacional o asistencial. No obstante, como señala el propio autor, junto a ella existen otras dos vertientes sobre las que se proyecta también el contenido del derecho a la protección de la salud: la facultad de las personas de exigir a los poderes públicos a que desarrollen una actividad destinada a la tutela de la salud pública o colectiva y el derecho de cada persona a que su salud no sea amenazada ni dañada por acciones del Estado o de los particulares.

Con tales premisas, aunque en la mayoría de la doctrina española se ha afirmado que en nuestro ordenamiento prevalece la dimensión prestacional del derecho a la protección de la salud (debido a su ubicación sistemática en el capítulo III del Título I de la Constitución), suscribo la crítica de nuestro autor cuando arguye que el contenido del art. 43 CE no puede limitarse o reconducirse a mero derecho prestacional, puesto que “sería una interpretación muy limitada”, de suerte que deben superarse las posiciones que defendían una “interpretación restrictiva que inicialmente se había hecho del art. 43 CE como norma programática o como principio rector subjetivado” (pp. 28 y 29). Y el Doctor Delgado es coherente con esa lectura más favorable (*favor libertatis* o *pro personae*, podríamos decir), tomando en consideración, en congruencia con nuestras cláusulas de apertura exterior (arts. 10.2 y 96.1 CE), los estándares internacionales en la materia, señaladamente las interpretaciones del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU y la vacilante jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa (*infra*).

A continuación, el capítulo II acomete “la evolución del régimen jurídico del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros”, examinando pormenorizadamente el panorama normativo español desde la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, hasta el Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, pasando por el controvertido Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud. En particular, el autor se centra en las dos reformas más importantes, ostensiblemente antagónicas, operadas mediante los dos citados Decretos-leyes: mediante el Real Decreto-ley 16/2012, se definía la condición de asegurado y beneficiario del sistema sanitario, limitando la atención sanitaria pública y bonificada, salvo en casos especiales, a ciertos colectivos como el de los extranjeros sin autorización de residencia, aunque estuvieran inscritos en el padrón municipal y no dispusieran de recursos económicos; por su parte, el Real Decreto-ley 7/2018 extendía nuevamente la asistencia sanitaria pública a los grupos de personas que habían sido excluidos por el Decreto-ley 16/2012. Sin embargo, se trataba de una extensión que no queda exenta de posibles restricciones, a causa de la distribución constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, debate en el que se profundiza precisamente en el capítulo IV.

Ahora bien, antes de adentrarse en el entramado normativo estatal-autonómico y el impacto producido por el Real Decreto-ley 7/2018, el Profesor Delgado introduce sus atinados reparos argumentativos “la constitucionalidad de la restricción del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en situación administrativa irregular introducida por el decreto ley 16/2012, de 20 de abril: comentario crítico a la STC 139/2016, de 21 de julio”. Esas consideraciones críticas ya las había formulado el Luis Delgado del Rincón en su previo trabajo “El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes en situación administrativa irregular: reflexiones críticas sobre la reciente jurisprudencia constitucional acerca de las restricciones introducidas por el Decreto ley 16/2012, de 20 de abril” (publicado en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 112, 2018, pp. 287-314). En esta línea, la reseña crítica de la STC 139/2016, de un lado y desde un punto de vista formal, se dirige a la utilización del decreto-ley y la vulneración de algunos de los requisitos exigidos por el art. 86.1 CE (la concurrencia del presupuesto habilitante de la extraordinaria y urgente necesidad y el respeto a los límites materiales impuestos para la legislación de urgencia, esencialmente la afectación a los derechos, deberes y libertades constitucionales y al régimen de las Comunidades Autónomas); y, de otro lado y desde una perspectiva sustantiva, se reprocha la infracción por algunos artículos del Decreto-ley 16/2012 del derecho a la protección de la salud del art. 43 CE, particularmente del que deja fuera del sistema sanitario público a personas vulnerables como los extranjeros sin permiso de residencia.

Con estos mimbres, el Doctor Delgado del Rincón aborda en el capítulo IV los “Problemas competenciales resultantes de la restricción subjetiva del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en situación administrativa irregular y de la dispar reacción de las Comunidades Autónomas”. A tal efecto, con certera lógica argumentativa,

desgrana como punto de partida los títulos competenciales para, a reglón seguido, efectuar un interesante análisis de Derecho autonómico comparado a cuenta del restrictivo Decreto-ley 16/2012 en el que pone de manifiesto unas inaceptables asimetrías que se tornan en un dislocado estatuto jurídico de la persona extranjera y en un asistemático “dumping social” que, a la postre, se traduce en una quiebra del principio de solidaridad interterritorial e interpersonal. En particular, delimita sucesivamente cuatro situaciones de dispar intensidad limitadora, a saber: la de las Comunidades Autónomas que aplicaban de forma efectiva dicho Decreto-ley 16/2012 excluyendo a las personas extranjeras en situación administrativa irregular de la atención primaria y especializada; a renglón seguido, la de aquellas otras Comunidades Autónomas que no aplicaban de modo efectivo dicha normativa de 2012 facilitando con ello la asistencia sanitaria de tales personas en las mismas condiciones que los demás ciudadanos de la Comunidad Autónoma siempre que cumplan determinados requisitos; en tercer lugar, la de las entidades regionales que prestaban la asistencia sanitaria a ese grupo de personas en determinados supuestos mediante programas sanitarios de salud pública o de acción social; y, en cuarto término, la de algunas Comunidades Autónomas que ampliaron la asistencia sanitaria de dicho colectivo tras las elecciones regionales de 2015 y previo cumplimiento de determinadas condiciones.

Ante ese panorama autonómico asimétrico, en el mismo capítulo IV el autor somete a examen el modo en que el Gobierno de la Nación ha pretendido reaccionar extendiendo la asistencia sanitaria a las personas extranjeras en situación irregular mediante el Decreto-ley 7/2018, con el objetivo de homogeneizar y de poner fin a la situación de inseguridad jurídica generada por esa pluralidad de normas autonómicas. Ante la decisión adoptada por las Comunidades Autónomas del segundo grupo de no cumplir la legislación básica (el reformado art. 3 de la Ley 16/2003) y de impugnarla ante el Tribunal Constitucional, la última parte del capítulo IV se dedica al examen de la cuestión de si las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de la competencia compartida de desarrollo y ejecución de las bases en materia sanitaria o de la competencia exclusiva sobre asistencia social a colectivos desfavorecidos, pueden modificar las bases ampliando y mejorando la atención sanitaria a grupos de personas excluidos por la normativa básica, como el de los extranjeros en situación irregular que reúnan determinadas condiciones (carencia de recursos económicos y de cobertura sanitaria y empadronamiento en un municipio de la Comunidad). O si, por el contrario, no pueden hacerlo al considerarse la determinación subjetiva del acceso a las prestaciones sanitarias como un elemento básico y común no susceptible, por tanto, de mejora por la legislación autonómica. Para dar respuesta a estas cuestiones se analiza la doctrina jurisprudencial que ha sido fijada, hasta el momento, por el Tribunal Constitucional sobre lo básico en la materia de la determinación subjetiva del derecho a la asistencia sanitaria.

* * * * *

Llegados a este punto, lo bien cierto es que el autor no constriñe su análisis al marco constitucional interno de protección multinivel (Estado y Comunidades Autónomas sin, por supuesto, olvidar el importante cometido de las Entidades Locales), sino que incluye inexorablemente en dicho marco los estándares internacionales sobre derechos humanos en materia de salud. Y ello lo hace, de un lado, tomando como referencia el enfoque de constitucionalismo social multinivel y las consiguientes incursiones de la normativa internacional que se incluyen en el voto particular de la STC 139/2016. Así, en el capítulo último (rubricado “a modo de conclusión”), Luis Delgado discrepa asimismo del criterio mayoritario, para expresar: “coincidimos también con lo manifestado en el Voto particular de la sentencia, cuando reconoce que el Tribunal debió de relacionar el derecho a la protección de la salud con otros derechos fundamentales, como así lo había hecho en decisiones anteriores, acudiendo incluso a la jurisprudencia de tribunales extranjeros en la interpretación de normas de tratados internacionales. Por otro lado, al estar ante una medida limitadora de un derecho claramente regresiva, el Tribunal no aporta una motivación suficiente que explique de forma detallada” (pp. 278-279).

Desde esta óptica, en el libro se da cuenta de los avatares de la jurisprudencia constitucional en la materia. Así, llama la atención sobre cómo el Comité Europeo de Derechos Sociales (pp. 45 y 46, nota 30), tras afirmar meridianamente en sus Conclusiones de 2013 (publicadas en enero de 2014) que esa normativa de 2012 era contraria al derecho a la salud del art. 11 de la Carta Social Europea, sorprendió luego con un giro jurisprudencial “a la baja” avalando esa regresiva normativa española en sus Conclusiones de 2017 (publicadas en enero de 2018). Pese a todo, debe tenerse presente (como se recoge igualmente en la obra reseñada) que la controvertida normativa sanitaria española de 2012 (sustituida en ese punto por el posterior Decreto-ley 7/2018) fue nuevamente declarada contraria a los parámetros internacionales, en este caso al art. 12 del Pacto DESC, por el Comité DESC (pp. 142-144, nota 160) en su última valoración de la situación española (observaciones finales adoptadas en marzo de 2018 en su 63º período de sesiones, apartado 42): pide a España “la derogación de las disposiciones que implicaron retrocesos en la protección del derecho a la salud. Además, le insta a que tome las medidas necesarias para que los migrantes en situación irregular tengan acceso a todos los servicios de salud necesarios, sin discriminación alguna, de conformidad con los artículos 2 y 12 del Pacto”. Y esta interpretación, en suma, es la que debería prevalecer por imperativo del art. 10.2 CE, en conjunción con el art. 96 CE, en aras del principio *favor libertatis o pro personae*.

En definitiva, la obra del Profesor Delgado, en el plano estricto de la excelencia investigadora nos brinda un material valioso y adecuado a las exigencias actuales de la protección multinivel de los derechos fundamentales tras un riguroso análisis desde el Derecho Constitucional que, como no puede ser de otro modo, se hace eco de las modernas tendencias de internacionalización de los estándares constitucionales domésticos y, correlativamente, de constitucionalización de los parámetros internacionales en el terreno de los derechos humanos. Y, con el mismo espíritu, la transversalidad del conjunto de la monografía traduce una preocupación por la

optimización de la defensa de la dignidad humana, especialmente ante situaciones de vulnerabilidad.