

UNIVERSALIDAD Y GRATUIDAD DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS PÚBLICAS.

(UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL Y DESDE LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES ASUMIDOS POR EL ESTADO ESPAÑOL)

Josefa Cantero Martínez

Profesora Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Castilla-La Mancha.

Presidente de la Asociación de Juristas de la Salud.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Algunos apuntes previos respecto a las notas de universalidad y gratuidad del sistema público sanitario. A) Respecto a la vocación universal del servicio público: un camino lento pero progresivo. B) La desnaturalización del aseguramiento universal y el recurso subsidiario a la vía del convenio especial. C) Respecto a la nota relativa a la gratuidad como “un principio y criterio sustantivo” en la configuración del Sistema Nacional de Salud. 3. El marco constitucional de la protección de la salud. A) Su proclamación como un derecho social y de carácter prestacional (el artículo 43 de la Constitución). B) Los efectos prácticos que se derivan de su ubicación (y por contraste con los demás derechos constitucionales). C) Las consecuencias que se derivan respecto de las notas de universalidad y gratuidad. 4. Los problemas derivados de la ruptura de la universalidad (exclusión de determinados colectivos). A) Las incongruencias que plantea con los postulados del Estado Social. B) Los posibles problemas de salud pública y la pérdida de “capacidades” para cumplir con las exigencias del Reglamento Sanitario Internacional. C) Ignora la prohibición de regresividad de los derechos sociales que se deriva de los compromisos internacionales asumidos por el Estado español. D) Supone, en fin, un debilitamiento de su vinculación con los derechos fundamentales y con la dignidad como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico. 5. A modo de conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo pretendemos hacer una reflexión sobre la incidencia que la crisis económica está teniendo en dos notas esenciales del servicio público sanitario, la universalidad y la gratuidad de sus prestaciones.

Las reformas sanitarias introducidas fundamentalmente por el *Real Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril, para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad de*

sus prestaciones, y desarrolladas a través de distintas normas reglamentarias, han afectado de modo directo a dos notas que hasta ahora se habían considerado consustanciales e identificadoras de nuestro modelo asistencial: la universalidad y la gratuidad. Suponen un auténtico revés en la universalización del derecho a la protección de la salud -que sólo costosamente habíamos conseguido construir- y disminuyen considerablemente la financiación pública de las prestaciones sanitarias a través de la introducción de copagos para algunas prestaciones que antes eran gratuitas.

Las prestaciones sanitarias han dejado de ser universales, esto es, de estar ligadas a cualquier persona por el mero hecho de serlo y de estar o residir en España, para vincularlas directamente con los conceptos jurídicos de asegurado y beneficiario del Sistema Nacional de Salud. Además, estos nuevos conceptos se han definido en unos términos tan restrictivos que perjudican fundamentalmente a colectivos sociales que son especialmente sensibles y susceptibles de protección. Es lo que ha ocurrido, por ejemplo, con el de los inmigrantes sin autorización administrativa de residencia en España¹ y con los parados de larga duración que se trasladan al extranjero en busca de un empleo, que perderán sus derechos sanitarios una vez transcurridos 90 días de estancia en el nuevo país.

La reforma ha incidido también en la nota de gratuidad del sistema. Ha establecido una nueva categorización de la cartera común de prestaciones para facilitar la introducción del copago (repago) o aportación dineraria del usuario en algunas de ellas, ha instaurado para los pensionistas la obligación de realizar estas aportaciones para las prestaciones farmacéuticas y ha elevado los porcentajes de participación de los demás colectivos. Incluso más recientemente ha introducido una aportación limitada para los pacientes no hospitalizados cuando los medicamentos se dispensen en los servicios de farmacia hospitalaria².

Frente a dichos cambios, la pregunta que podemos hacernos es si ello es posible o, mejor dicho, si nuestro legislador ordinario puede alterar libremente estas dos notas básicas configuradoras de nuestro sistema público sanitario. Para realizar este análisis vamos a examinar, en primer lugar, el estado de la cuestión, esto es, el grado de consecución de estas dos notas y la incidencia que sobre ellas ha tenido la crisis económica y la reforma mencionada. En segundo lugar, estudiaremos el marco constitucional de protección de la salud. Su estudio nos permitirá conocer si ha estado en la mentalidad de nuestro Constituyente optar por algún modelo determinado de

asistencia sanitaria y, de ser así, si hace alguna referencia a sus rasgos básicos. Llegaremos finalmente a la conclusión de que el legislador dispone de amplias facultades para la modificación del ordenamiento jurídico en virtud de las distintas opciones políticas que resulten del correspondiente proceso electoral³. Ello es consustancial a la cláusula de Estado democrático que proclama nuestra Constitución. Ahora bien, estas facultades ha de hacerlas compatibles con las exigencias que se derivan también de la cláusula de Estado Social, con los compromisos internacionales asumidos y, sobre todo, con el principio de prohibición de regresividad de los derechos sociales al que se ha comprometido el Estado español. Como veremos, los compromisos de carácter internacional asumidos por el Estado español nos podrían apuntar importantes avances respecto del contenido del derecho a la protección de la salud y la libertad del legislador a la hora de configurarlo y dotarlo de contenido.

2. ALGUNOS APUNTES PREVIOS RESPECTO A LAS NOTAS DE UNIVERSALIDAD Y GRATUIDAD DEL SISTEMA PÚBLICO SANITARIO.

A) RESPECTO A LA VOCACIÓN UNIVERSAL DEL SERVICIO PÚBLICO SANITARIO: UN CAMINO LENTO PERO PROGRESIVO

La nota de universalidad hace referencia al reconocimiento y la extensión del derecho a la protección de la salud a toda persona por el mero hecho de serlo, por su condición de ser humano y de residir en el Estado español. Esta nota aparece directamente ligada a las bases de un determinado modelo de Estado, el Estado social o de bienestar, que asume como uno de sus fines principales la denominada procura existencial⁴. En nuestro ámbito, evocaría a la obligación

1 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 SNS.

2 Ahora sólo pueden acceder a las prestaciones sanitarias mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial. *Resolución de 10 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, por la que se procede a modificar las condiciones de financiación de medicamentos incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud mediante la asignación de aportación del usuario.*

3 Aunque no nos vamos a detener en ello, convendría tener en cuenta la forma y el instrumento a través del cual se han acometido estos cambios tan sustanciales. Se han llevado a cabo por el Gobierno, de modo urgente, a través del instrumento excepcional del Real Decreto-Ley, sin que haya habido tiempo para un sosegado debate social y jurídico que permitiera recomponer estos consensos básicos sobre la titularidad del derecho y su gratuidad.

4 El concepto de “procura existencial” fue acuñado por Ernest Forsthoff para designar el amplio espacio de necesidades que el individuo no está en capacidad de atender efectivamente y que por ello requiere de la existencia de un Estado fuerte y comprometido con los valores de igualdad y justicia social. Para profundizar nos remitimos a MAGALDI, N., *Procura existencial, Estado de Derecho y Estado Social. Ernest Forsthoff y la crisis de Weimar*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

de los poderes públicos de garantizar el derecho a la protección de la salud como un derecho de ciudadanía, como un derecho propio de toda persona por razón de su cualidad de ser humano y no en su condición de persona socialmente activa y productiva⁵.

La universalidad ha sido una de las notas básicas inspiradoras de la reforma que se llevó a cabo en los años ochenta para la instauración de nuestro Sistema Nacional de Salud⁶. La propia Exposición de motivos de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, explicaba ya que la reforma tendría que ser paulatina y adecuarse a las disponibilidades presupuestarias en lo que concierne al otorgamiento de las prestaciones del sistema a todos los ciudadanos. Ello explica que su disposición transitoria quinta dispusiera que la asistencia sanitaria pública se efectuaría de forma progresiva.

Ha sido un largo camino, de carácter progresivo, que sólo costosamente se ha podido ir recorriendo y que ha acabado identificándose como una de las manifestaciones más representativas y esenciales de nuestro Sistema Nacional de Salud. Así lo ha reconocido explícitamente la propia norma que la ha mutilado. Dirá el Real Decreto Ley 16/2012 que *“la creación del Sistema Nacional de Salud ha sido uno de los grandes logros de nuestro Estado del bienestar; dada su calidad, su vocación universal, la amplitud de sus prestaciones, su sustentación en el esquema progresivo de los impuestos y la solidaridad con los menos favorecidos, lo que le ha situado en la vanguardia sanitaria como un modelo de referencia mundial”*. Las recientes reformas operadas en España para restringir los derechos ciudadanos en materia sanitaria, con la vuelta al concepto de asegurado, es un auténtico revés en la universalización del derecho

5 BELTRÁN AGUIRRE, J. L., “La universalización de la asistencia sanitaria en España en el marco de los objetivos de la Unión Europea en materia de salud y del artículo 35 de la Carta de Derechos Fundamentales”, en *Derecho y Salud en la Unión Europea*, obra colectiva dirigida por Juan Francisco Pérez Gálvez y por Rafael Barranco Vela, Comares, Granada, 2013, pp. 98 y 99 fundamentalmente.

6 Hemos de tener en cuenta que fue la Ley de 14 de diciembre de 1942 la que creó el seguro obligatorio de enfermedad con el objetivo de otorgar una protección sanitaria a los trabajadores y sus familias. Este modesto primer paso fue seguido de un proceso de progresiva expansión de la cobertura sanitaria a través de distintas leyes, tanto en términos de prestaciones otorgadas como de grupos de personas protegidas más allá de los trabajadores y sus familias. Con la reforma organizativa de la Seguridad Social realizada en 1978 (Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, sobre Gestión Institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo) y la creación del Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), se produjo otro importante salto cualitativo y cuantitativo en la extensión de la cobertura sanitaria de los ciudadanos.

a la protección de la salud que habíamos conseguido construir en el siglo pasado.

En rigor, si intentamos trasladar esta nota a nuestro ordenamiento sanitario encontraríamos algunas dificultades para encajar el concepto de universalidad. En clave exclusivamente nacional, aunque hemos estado muy cerca, nunca hemos logrado que cualquier ciudadano, por el mero hecho de serlo, pueda beneficiarse de las prestaciones del sistema público sanitario, sin exigirle ningún otro requisito administrativo adicional ligado a su nacionalidad o a su afiliación en un determinado régimen de Seguridad Social. Otra cosa es lo que ha sucedido en el ámbito autonómico, como seguidamente veremos. Sin embargo, aunque no hemos llegado a la meta, sí nos hemos aproximado notablemente porque ha habido una clara voluntad social y política en ello.

Nótese que en esta evolución hemos seguido el camino lógico que inspira a los derechos sociales y que hace honor a la idea de solidaridad y justicia social que con ellos se persigue: su carácter progresivo y su reconocimiento especialmente a las clases más pobres y desfavorecidas. Un hito importante en este camino fue la extensión de la cobertura sanitaria pública a las clases sociales más empobrecidas y necesitadas, por ser ello una manifestación esencial de las nuevas relaciones entre Estado y Sociedad que evidencia el novel modelo de Estado Social. Como sostiene Esteve Pardo, esta concepción del Estado se caracteriza por proyectar buena parte de su actividad hacia las prestaciones asistenciales con el decidido propósito de corregir las desigualdades formales y las disfunciones estructurales que causa un capitalismo inmoderado, esquivando así una indeseable conflictividad social⁷. Se reconoció el derecho a las prestaciones de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a todos los españoles que tuvieran establecida su residencia en territorio nacional y carecieran de recursos económicos suficientes⁸. A estos efectos se entendían comprendidas las personas cuyas rentas, de cualquier naturaleza, fueran iguales o inferiores en cómputo anual al denominado –en aquella época– salario mínimo interprofesional.

El segundo paso se dio con su extensión a todos los extranjeros que residieran en el territorio

7 ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado y Sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, 2013, pp. 50 y 51, fundamentalmente.

8 Ello vino de la mano del Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes.

nacional y estuvieran empadronados en un municipio, con independencia de que tuvieran o no su residencia legalizada a través de la correspondiente autorización administrativa y en las mismas condiciones que los españoles⁹. Si faltaba el requisito del empadronamiento, el concepto de ciudadanía sanitaria se reducía considerablemente para dar cobertura tan sólo a las situaciones sanitarias de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que fuera su causa, así como a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica. Por lo demás, la cobertura pública se extendía también en estos casos a las extranjeras embarazadas y a los menores de edad, tal como sucede con el nuevo régimen.

Con su empadronamiento en un municipio español, el extranjero estaba en condiciones de obtener la correspondiente tarjeta sanitaria. Aunque no tuviera ninguna vinculación profesional ni cotizara a la Seguridad Social podía fácilmente acceder a través de la vía del Real Decreto 1088/1989 para las personas sin recursos económicos¹⁰. Sólo un pequeñísimo porcentaje de la población -que no llegaba al 1%- quedaba al margen del sistema de cobertura universal. Así sucedía con los desempleados que habían agotado el paro pero que disponían de rentas superiores al IPREM (si no, podían acceder a través del Real Decreto 1088/1989); con los profesionales que, ejerciendo por cuenta propia, habían optado por incorporarse a la Mutuality de Previsión Social de su Colegio Profesional, en vez de afiliarse al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA) y con algunos religiosos¹¹.

9 Art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

10 Véanse al respecto los estudios de MARTÍN DELGADO, I., “La asistencia sanitaria de los extranjeros en España”, en *Derecho y Salud*, vol. 10, número 2, julio-diciembre de 2002, p. 206; PALOMAR OLMEDA, A., LARIOS RISCOS, D. y VÁZQUEZ GARRANZO, J., *La reforma sanitaria*, Aranzadi, 2012; PUERTA SEGUÍDO, F., “La sanidad”, en *Derecho Autonómico de Castilla-La Mancha*, obra colectiva dirigida por Luis ORTEGA ÁLVAREZ, editada por el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000, p. 427. Según los datos aportados por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el porcentaje de población cubierta por el sistema sanitario público español en el año 2003 suponía aproximadamente un 99,6 % de la población española. Los datos pueden consultarse en la siguiente dirección: https://www.msssi.gob.es/estadEstudios/estadisticas/sisInfSanSNS/inclasSNS_DB.htm.

11 MILAGROS GÓMEZ MARTÍN, M., “Régimen jurídico de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud”, *Tratado de Derecho Sanitario, volumen I*, obra colectiva dirigida por Josefa Cantero Martínez y Alberto Palomar

Esta evolución estaba inspirada en un claro principio de justicia social y solidaridad al favorecer especialmente a los más pobres, a los inmigrantes irregulares más desfavorecidos, a los que tenían problemas para justificar su residencia habitual en un determinado municipio por residir en asentamientos humanos marginales (los llamados sin techo) o en viviendas sobreocupadas (en los denominados pisos patera). Bastaba con acreditar que carecían de recursos económicos para obtener por la vía del Real Decreto citado su tarjeta sanitaria.

El último paso, el definitivo, se dio con la disposición adicional sexta de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública. Se establecía una cláusula general de cierre del sistema que venía a perfeccionar el modelo universal de prestaciones sanitarias públicas, al extender el derecho de acceso a todos los españoles, residentes en territorio nacional, a los que no pudiera serles reconocido en aplicación de otras normas del ordenamiento jurídico. Dicha extensión tendría, como mínimo, el alcance previsto en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud. Además, desde el día uno de enero de 2012 extendía este derecho para todas aquellas personas que hubieran agotado la prestación o el subsidio de desempleo. Con el modelo anterior podían quedar fuera del sistema y la crisis económica había empezado ya a evidenciar con toda su crudeza los problemas de este colectivo especialmente sensible. La inclusión en bloque de este nuevo sector poblacional nos había permitido llegar casi a la línea de meta. Se culminaba el objetivo de justicia social perfeccionada que está detrás del concepto de ciudadanía sanitaria. Para el resto de colectivos que pudieran quedar pendientes, refiriéndose prácticamente a aquellos profesionales que ejercen una actividad por cuenta propia, volvía a remitir a la evolución de las cuentas públicas para su inclusión en el sistema público sanitario, aunque esta vez quería limitar esta libertad obligando al Gobierno a que en el plazo de seis meses determinara reglamentariamente los términos y condiciones de la extensión de su derecho a la asistencia sanitaria pública.

En este proceso evolutivo hacia la universalidad de las prestaciones debe destacarse también el importante papel que han tenido las Comunidades Autónomas al amparo de las competencias que poseen en materia sanitaria y, sobre todo, con la intención de hacer efectiva la universalidad del derecho que proclaman algunos de los nuevos Estatutos de

Olmada, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, Pamplona, p. 534.

Autonomía¹². Destaca, en este sentido, la ley catalana 21/2010, de 7 de julio, de acceso a la asistencia sanitaria de cobertura pública a cargo del Servicio Catalán de la Salud. Dicha norma reconoció tempranamente el derecho a la asistencia sanitaria a todas las personas que residían en Cataluña y que no tenían derecho a ella con cargo a otra entidad distinta. En el mismo sentido, por la consecución de la nota de la universalidad, podemos mencionar a la Comunidad Autónoma de Valencia a través del Decreto 26/2000, de 22 de febrero, por el que se establece el derecho a la asistencia sanitaria a ciudadanos extranjeros en la Comunidad Valenciana y se crea la tarjeta solidaria. Esta norma instauró la llamada “tarjeta solidaria” para extender las prestaciones públicas a los extranjeros que no cumplían con el requisito del empadronamiento previa solicitud a través de los trabajadores sociales. La misma sensibilidad han mostrado en los últimos años hacia otros colectivos especialmente desprotegidos, tal como venía ocurriendo con las personas en situación de desempleo de larga duración, que antes de la Ley General de Salud Pública de 2011 quedaban totalmente desprotegidas si no reunían las condiciones para acogerse a otros supuestos que reconocen el derecho a una cobertura sanitaria pública¹³.

B) LA DESNATURALIZACIÓN DEL ASEGURAMIENTO UNIVERSAL Y EL RECURSO SUBSIDIARIO A LA VÍA DEL CONVENIO ESPECIAL

Todo este proceso paulatino que estaba a punto de culminar se ha visto violentado. Como ha

recalcado Lomas Hernández, aunque el legislador se había fijado como punto de llegada la consecución de un modelo beveridgeano o universal que sitúa al ciudadano como eje del sistema por el mero hecho de serlo, al margen de su condición profesional y de su nacionalidad, hemos vuelto al punto de partida sin haberlo conseguido¹⁴. La experiencia durante estos últimos años nos ha venido a mostrar con toda su dureza la tremenda fragilidad de este concepto y los estrechos vínculos que existen entre las concepciones de ciudadanía y evolución política, social y económica de un país.

El cambio ha venido de la mano del Real Decreto Ley 16/2012, antes mencionado, y 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. Dichas normas reducen la cobertura del sistema público exclusivamente a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado o de beneficiario¹⁵.

La reforma deja fuera del sistema a los colectivos más empobrecidos y vulnerables, los que más necesitan de las prestaciones del sistema público sanitario, tal como sucede con los llamados inmigrantes irregulares, esto es, los extranjeros que no poseen autorización administrativa de residencia en España. El Real Decreto Ley ha introducido un nuevo precepto en la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, el artículo 3 ter, que supone excluir del modelo público a este colectivo¹⁶. Ya no sólo se requiere el

¹² Para un análisis en profundidad del derecho a la salud en los nuevos Estatutos de Autonomía y su construcción dogmática y jurisprudencial, nos remitimos a GARRIDO CUENCA, N.M., “La titularidad de los derechos sociales y de ciudadanía en los nuevos Estatutos de Autonomía, y en particular del extranjero”, en *Derechos sociales y Estatutos de autonomía. Denominaciones de origen. Nuevo Estatuto del PDI universitario*, Lex Nova, Valladolid, 2009; y más recientemente “La igualdad y cohesión del SNS. La protección de la salud en el modelo autonómico”, en el colectivo dirigido por Josefa Cantero y Alberto Palomar, *Tratado de Derecho Sanitario*, Vol. I, pp.103 y ss.; así como a MORCILLO MORENO, J., *Validez y eficacia de los derechos estatutarios. En especial, el proyecto de reforma castellano-manchego*, Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha, Toledo, 2013.

¹³ Como ejemplo de ello podemos traer a colación a la Comunidad Autónoma de Madrid, con la Orden 430/2009, de 4 de junio, del Consejero de Sanidad, por la que se garantiza el derecho a la asistencia sanitaria pública y gratuita a las personas que causen baja en los regímenes de la Seguridad Social por cese en la actividad laboral; o a la Orden 3/2009, de 13 de julio, de la Comunidad Autónoma de la Rioja; a la Resolución de 23 de julio de 2009, del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud de 2009, etc.

¹⁴ LOMAS HERNÁNDEZ, V., “De ciudadano a asegurado o el tránsito inacabado hacia la universalización de la asistencia sanitaria”, en CESCO Revista de Derecho de Consumo nº 8, 2013, p. 43.

¹⁵ La norma con rango de ley se refiere específicamente a cuatro supuestos básicos que después ella misma amplía y detalla en el reglamento. Reúnen el status de “asegurados” aquellas personas que se encuentren en alguno de estos cuatro supuestos básicos. En primer lugar, ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta. En segundo lugar, ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social. En tercer lugar, ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo y, en cuarto lugar, haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título.

¹⁶ Para un análisis más detallado de los múltiples problemas sociales, jurídicos e incluso de salud pública que plantea esta medida me remito a CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, “La asistencia sanitaria pública al extranjero no comunitario y, en especial, al que carece de autorización administrativa de residencia legal en España”, *Tratado de Derecho Sanitario I*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2013, págs. 551 y siguientes.

empadronamiento, sino también la autorización legal de residencia en el territorio nacional. Los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España sólo recibirán asistencia sanitaria en caso de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica. En todo caso, queda garantizada la asistencia al embarazo, parto y postparto, así como la asistencia a los extranjeros menores de dieciocho años, que recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. Si desean recibir asistencia pública tendrán que suscribir previamente un convenio con la Administración.

Esta vía de acceso, contemplada ahora en la nueva redacción del art. 3.5 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, requiere la suscripción de un convenio especial de prestación de asistencia sanitaria que permite obtener determinadas prestaciones previo pago de un precio público que cubre el coste medio real de la misma y que se configura como un ingreso de derecho público del Servicio de Salud correspondiente¹⁷. Este precio será de 60 euros de cuota mensual para los suscriptores que tengan menos de 65 años y de 157 euros si superan este umbral de edad. El convenio, no obstante, no conlleva la expedición de tarjeta sanitaria para el suscriptor porque no concede el reconocimiento de la condición de persona asegurada o beneficiaria. Además, su contenido es muy limitado. Sólo otorga el derecho a percibir las prestaciones de la cartera común básica de servicios asistenciales. Quedan fuera las prestaciones correspondientes a la cartera común suplementaria (prestaciones farmacéuticas, ortoprotésicas y productos dietéticos) y cartera común de servicios accesorios del SNS regulados en el artículo 8 ter y quáter de dicha Ley. La exclusión de las prestaciones farmacéuticas resulta especialmente desafortunada. Como ha destacado Repullo, la retirada de la financiación pública a la prestación farmacéutica distorsiona gravemente la funcionalidad clínica, ya que para pacientes con recursos muy escasos es incoherente el acceso a un acto médico gratuito que no conlleva el acceso al medicamento necesario

para el tratamiento indicado¹⁸. En todo caso, el contenido del convenio puede ser incrementado por las Comunidades Autónomas mediante la inclusión de otras prestaciones asistenciales propias de sus respectivas carteras complementarias.

Además se han introducido nuevos requisitos y más estrictos en los supuestos que dan derecho al reconocimiento de la condición de asegurado. Inicialmente, el Real Decreto Ley exigía simplemente haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título. Sin embargo, la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, ha venido a modificar este último supuesto para reducirlo todavía más. Ha incluido el requisito de la residencia en el territorio español. A partir del día 1 de enero de 2014 y con una vigencia indefinida, sólo podrán beneficiarse de esta condición los parados que residan en España. Al mismo tiempo ha incorporado una nueva disposición adicional, la sexagésimo quinta, en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio), que señala que, a efectos del mantenimiento del derecho de las prestaciones sanitarias en las que se exija la residencia en territorio español, se entenderá que el beneficiario de dichas prestaciones tiene su residencia habitual en España aun cuando haya tenido estancias en el extranjero siempre que éstas no superen los 90 días a lo largo de cada año natural. Es decir, si a lo largo del año el desempleado supera 90 días en el extranjero, se entiende que pierde las prestaciones sanitarias.

La introducción de este nuevo requisito tiene importantes consecuencias porque vuelve a castigar a colectivos especialmente desfavorecidos. Se pensó para evitar que los extranjeros comunitarios que trabajaron en España y generaron su derecho a la asistencia sanitaria pudieran seguir recibiendo tratamiento allí con cargo a la sanidad pública española cuando, por motivos de la crisis, decidieran volver a sus países de origen. Sin embargo, provoca efectos enormemente injustos. Deja sin cobertura a los parados españoles que ya no perciban ningún tipo de subsidio y hayan emigrado al extranjero con la intención de encontrar un nuevo trabajo¹⁹. Una vez

17 La regulación de estos convenios se ha llevado a cabo a través 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 y se modifica el 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.

18 REPULLO LABRADOR, José Ramón, "Cambios de regulación y de gobierno de la sanidad. Informe SESPAS 2014", Gaceta Sanitaria nº 28, 2014, pág. 66.

19 Esta restricción resulta de dudosa compatibilidad con los Reglamentos comunitarios de Seguridad Social y la propia

que se encuentren en extranjero y transcurran noventa días perderán su derecho a la asistencia sanitaria en nuestro país. Para recobrarla tendrán que regresar a España y solicitar nuevamente su reconocimiento a través del supuesto previsto en la letra d) del artículo 3.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en su nueva redacción.

Por lo demás, la nueva normativa ha extendido también el sistema público a los españoles que, no cumpliendo ninguno de los cuatro supuestos básicos establecidos por el Real Decreto Ley y residiendo en España, acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente. El Real Decreto 1192/2012 ya ha fijado este tope de ingresos en cien mil euros²⁰. Esta nueva regulación del Gobierno supone una importante novedad respecto de los principios inspiradores de la tendencia hacia la universalización de la asistencia sanitaria. Supone una extensión de la cobertura pública hacia capas poblacionales que disponen de importantes recursos económicos, los llamados “rentistas”, que pueden vivir holgadamente de los ingresos y rentas que perciben.

La tendencia universalizadora adquiere en estos casos un matiz preocupante, toda vez que denota un alejamiento del concepto de justicia social y de solidaridad con las personas más desfavorecidas que es la ratio última del modelo de Estado social. Ello contrasta notablemente con la tendencia seguida en

las últimas décadas. En el modelo precedente, la universalización de la asistencia sanitaria se había producido extendiendo ésta a los colectivos más sensibles y desprotegidos, fundamentalmente a los que carecían de recursos económicos suficientes, esto es, a aquellas personas cuyas rentas, de cualquier naturaleza, fueran iguales o inferiores en cómputo anual al salario mínimo interprofesional (Real Decreto 1088/1989). Se partía de la idea básica de que, por encima de dichos ingresos, las personas disponían de recursos para proveerse de asistencia médica o se encontraban dentro de algunos de los supuestos habilitantes para disfrutar de las prestaciones públicas. Se priorizaba incluyendo a los colectivos menos favorecidos económicamente. Ahora la universalización se extiende a aquellas personas que, no estando trabajando ni cotizando -posiblemente porque no lo necesitan- reciben rentas iguales o inferiores a los cien mil euros anuales. Ciertamente se trata de una curiosa interpretación del principio de universalización de la asistencia sanitaria pública que no parece propender hacia un modelo de justicia social perfecta.

C) RESPECTO A LA NOTA RELATIVA A LA GRATUIDAD COMO “UN PRINCIPIO Y CRITERIO SUSTANTIVO” EN LA CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

La gratuidad del sistema público sanitario hace referencia a la posibilidad de que el ciudadano pueda utilizar sus servicios y servirse de sus prestaciones sin necesidad de pagar nada por ello. Esta nota está directamente vinculada con el principio de la financiación pública de la sanidad. Que nuestro sistema sanitario sea de financiación pública sólo significa “*que su coste se sufraga con el conjunto de ingresos del Estado, pues resulta evidente... que el sistema sanitario nunca es gratis, aunque pueda ser declarado gratuito para el usuario, en cuyo caso se financiará indirectamente con el conjunto de tributos del sistema y demás ingresos del Estado, en lugar de, directamente, con cargo a las aportaciones del usuario*” (STC de 6 de mayo de 2014).

Desde esta perspectiva, y a pesar de su financiación pública, puede decirse que el servicio público sanitario nunca ha sido completamente gratuito, salvo para algunos colectivos como el de los pensionistas de la Seguridad Social. Siempre se ha tenido que pagar por algunas prestaciones, tal como ha ocurrido clásicamente con las prestaciones farmacéuticas. Además, hay que tener en cuenta que este servicio se financia en última instancia con dinero de todos,

Comisión Europea ha pedido explicaciones al Estado español en la medida en que el Reglamento (CE) n° 883/2004 permite que una persona pueda ausentarse temporalmente durante un período superior a 90 días y seguir manteniendo su residencia habitual en ese Estado. Respuesta del Sr. Andor en nombre de la Comisión (ES E-000145/2014) formulada el 5 de marzo de 2014; Disponible en: <http://ep00.epimg.net/descargables/2014/03/07/a9c94b0079063513815222907ed33884.pdf>, consultada el 18 de marzo de 2014).

20 Para ello basta con que las personas se encuentren en cualquiera de estos supuestos: 1. ° Tener nacionalidad española y residir en territorio español. 2. ° 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. ° 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. Disfrutan también de tal condición, siempre que residan en España, el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente, el ex cónyuge a cargo del asegurado, así como los descendientes y personas asimiladas a cargo del mismo que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%. Las personas que no resulten incluidas en ninguno de estos dos conceptos jurídicos sólo podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial.

con dinero que pertenece al bolsillo de los españoles y que se recaba a través de los impuestos²¹. En todo caso, es importante destacar que el volumen de recursos invertidos por España en sanidad es reflejo del grado de prioridad que concedemos como sociedad a la protección de la salud y que existe un importante grado de satisfacción en ello²².

A esta nota se refirió inicialmente la Ley General de Sanidad, vinculándola directamente con la universalidad y con su progresividad. Reconoció *“el derecho a obtener las prestaciones del sistema sanitario a todos los ciudadanos y a los extranjeros residentes en España, si bien, por razones de crisis económica que no es preciso subrayar, no generaliza el derecho a obtener gratuitamente dichas prestaciones, sino que programa su aplicación paulatina, de manera que sea posible observar prudentemente el proceso evolutivo de los costes, cuyo incremento no va necesariamente ligado a las medidas de reforma, de las que, en una primera fase, por la mayor racionalización que introduce en la Administración, puede esperarse lo contrario”*. Posteriormente, el legislador se ha vuelto a referir a *“la gratuidad del sistema”* en la Ley 16/2003, al mencionar el listado de principios y de criterios sustantivos del servicio público sanitario.

Es decir, al menos en un plano teórico, nuestro legislador básico ha configurado la “gratuidad del sistema” como un principio esencial y como un criterio sustantivo cardinal de la configuración del Sistema

Nacional de Salud. Sin embargo, en la parte normativa de la ley, cuando fija sus principios inspiradores omite la referencia expresa y directa a la “gratuidad”. Prescinde de su mención expresa y la sustituye por el principio de financiación pública. La financiación pública del Sistema Nacional de Salud, de acuerdo con el sistema de financiación autonómica vigente en cada momento concreto, aparece configurado como uno de los principios inspiradores del modelo sanitario público en la letra e) de su art. 2. En consonancia con ello, establece después el principio de suficiencia para la financiación de las prestaciones sanitarias y que éstas son responsabilidad financiera de las comunidades autónomas, que están obligadas a destinar a su financiación los mínimos previstos en la Ley²³.

A pesar de este idílico marco teórico, las reformas sanitarias que se han llevado a cabo en los últimos tiempos como consecuencia directa de la crisis y de los graves problemas económicos que atraviesa el país, han incidido también en esta nota, en la “gratuidad” del sistema sanitario.

El Real Decreto-Ley 16/2012, efectivamente, ha establecido una nueva categorización de la cartera común de prestaciones para facilitar la introducción del copago (repago) o aportación dineraria del usuario en algunas de ellas (art. 8). Sólo son gratuitas por quedar cubiertas de forma completa por la financiación pública las prestaciones que constituyen la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud, que comprende todas las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realizan en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente. Por el contrario, las prestaciones que conforman la nueva cartera común suplementaria quedan sujetas a aportación económica del usuario (la prestación farmacéutica, la ortoprotésica, los productos dietéticos y el transporte sanitario no urgente sujeto a prescripción facultativa). Lo mismo sucede con la cartera común de servicios accesorios, que incluye todas aquellas actividades, servicios o técnicas, sin carácter de prestación, que no se consideran esenciales y/o que son coadyuvantes o de apoyo para la mejora de una patología de carácter crónico, estando sujetas a aportación y/o reembolso por parte del usuario. En este caso, la aportación del usuario o, en

21 La Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1999 supuso definitivamente la sustitución de los ingresos derivados de las cotizaciones a la Seguridad Social por los de origen tributario, ejecutando así la decisión de separación de las fuentes de financiación de la sanidad pública derivada del Pacto de Toledo. Desde ese momento, la sanidad pasó a ser sufragada exclusivamente con los impuestos generales que pagan todos los contribuyentes. Se trató, sin duda, de un paso importante hacia la universalización de la asistencia sanitaria, al menos en el plano teórico. Otra cosa sucedería en la práctica, toda vez que, a pesar de esta profunda modificación en su financiación, el reconocimiento del derecho a las prestaciones sanitarias nunca llegó a desvincularse materialmente de la situación de alta en la Seguridad Social, lo que ha sido foco de importantes problemas y de una notable inseguridad jurídica.

22 La sanidad es el servicio público más utilizado y mejor valorado por los ciudadanos y el que mejor permite justificar los impuestos que se pagan. Al mismo tiempo, los ciudadanos consideran que es el servicio público del que más se abusa, del que peor uso se hace y el que tiene mayor margen de mejora. Véase *La importancia de los servicios públicos en el bienestar de los ciudadanos*, estudio realizado por la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y editada por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, mayo de 2013, así como el interesante análisis realizado por la Asociación de Economía de la Salud en la siguiente dirección: <http://www.fedeablogs.net/economia/?p=34186>

23 Dichos mínimos serían los previstos en la actual Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias donde, por cierto, se considera la asistencia sanitaria como un “servicio público fundamental” y esencial del Estado de Bienestar (art. 9).

su caso, el reembolso, se regirá por las mismas normas que regulan la prestación farmacéutica, tomando como referencia el precio final de facturación que se decida para el Sistema Nacional de Salud. Bien es cierto que se introducen criterios de modulación del pago, incluyendo la capacidad de pago o la racionalización del gasto público (Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios). Curiosamente, sin embargo, algunas de ellas todavía no han sido establecidas por las dificultades para su instauración y por resultar poco rentables. Así ha sucedido, por ejemplo, con el transporte sanitario no urgente.

Al mismo tiempo ha instaurado para los pensionistas la obligación de realizar estas aportaciones para las prestaciones farmacéuticas y ha elevado los porcentajes de participación de los demás colectivos. Más recientemente se ha introducido una aportación limitada para los pacientes no hospitalizados cuando los medicamentos se dispensen en los servicios de farmacia hospitalaria. En estos casos, el paciente tendrá que pagar 4,20 euros por cada envase. La medida ha sido sumamente polémica porque afecta a colectivos especialmente sensibles: enfermos de SIDA, pacientes crónicos, oncológicos, enfermos de esclerosis múltiple, etc. Dado el perfil de sus destinatarios, el copago no puede cumplir aquí la función disuasoria que supuestamente lo legitima²⁴.

Pero estas no son las únicas consecuencias que está teniendo la crisis económica sobre el Sistema Nacional de Salud y la posición jurídica en la que quedan los ciudadanos frente a los recortes sanitarios. La nota de la gratuidad ha sido considerablemente devaluada. Amplios listados de medicamentos han sido excluidos del sistema público (más de 400 medicamentos para síntomas menores). Es decir, para ellos ya no se aplica el principio de financiación pública. La aportación para estas prestaciones farmacéuticas se ha elevado al cien por cien, con el agravante de que los precios de muchos de ellos han subido considerablemente.

Nuestro Tribunal Constitucional ha establecido importantes límites para evitar que la nota de la gratuidad pueda verse todavía más desvirtuada por las Comunidades Autónomas. Podemos traer a colación

24 Resolución de 10 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y Farmacia, por la que se procede a modificar las condiciones de financiación de medicamentos incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud mediante la asignación de aportación del usuario.

la STC 136/2012, de 19 de junio, en relación con la “tasa por prestación de asistencia sanitaria” establecida por la Generalitat Valenciana y la STC 71/2014, de 6 de mayo, sobre la tasa que había impuesto la Comunidad Autónoma de Cataluña sobre las recetas médicas, la conocida como “el euro por receta”²⁵. En ambos casos ha anulado las normas autonómicas que pretendían gravar todavía más las prestaciones sanitarias en la medida en que afectan directamente al principio de financiación pública de las prestaciones proporcionadas por el Sistema Nacional de Salud, cuya regulación corresponde exclusivamente al Estado²⁶.

Del acierto y racionalidad de algunas de estas medidas podemos claramente dudar. El objetivo pretendido no era otro que el ahorro económico y por ello se adoptaron sin previo debate social, a través del instrumento excepcional del Real Decreto-Ley. Sin embargo, han pasado más de dos años y algunas de estas medidas ni siquiera se han podido llevar a la práctica. Pensemos por ejemplo en la pretendida medida de cobrar 5 euros por trayecto en el caso del transporte sanitario no urgente. El propio Consejo de Estado ya puso de manifiesto en sus informes las dificultades para el éxito de esta medida dada la infraestructura organizativa y las inversiones que su cobro al paciente exigiría para la Administración. Algo similar ocurre con las aportaciones por la farmacia hospitalaria. En este caso, el paciente tendrá que pagar un porcentaje del precio del medicamento del 10% con un tope de 4,26 euros por cada envase, cuando el precio medio de los principios activos sujetos a copago es de unos 1635 euros y que, en consecuencia, sólo se recuperaría una parte ínfima y simbólica del

25 En este caso se impugna la tasa regulada en el art. 41 de la Ley catalana 5/2012, que recaía sobre “los actos preparatorios y los servicios accesorios de mejora de la información inherentes al proceso para la prescripción y dispensación de medicamentos y productos sanitarios mediante la emisión de recetas médicas y órdenes de dispensación”.

26 Tal como se recogió en la STC 98/2004, de 25 de mayo, y en la STC 136/2012, “el establecimiento de una prestación farmacéutica y su financiación pública constituyen un criterio básico en materia de «sanidad», pues satisface las exigencias formales y materiales de la legislación básica”, y ello porque “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 ser susceptible de mejora, en su caso, por parte de las Comunidades Autónomas, en virtud de su competencia sustantiva y de su autonomía financiera, siempre y cuando, con ello, no se contravengan las exigencias que impone el principio de solidaridad (arts. 2 y 138 CE)”.

coste. Esta medida, que ha sido recurrida y se está aplicando de una forma muy desigual en cada Comunidad Autónoma, ha generado una importante polémica porque penaliza especialmente a colectivos de pacientes especialmente sensibles (determinados enfermos crónicos, enfermos de SIDA, etc.) y con ella el copago no tiene el carácter disuasorio que para otros colectivos poseería (para los pensionistas, fundamentalmente).

En fin, según ha destacado la doctrina, en un primer momento, la reforma del copago ha tenido como consecuencia un descenso importante en el número de recetas dispensadas en las farmacias, aunque se mantiene el ritmo de crecimiento previo al cambio normativo. En un contexto en el que España registraba uno de los consumos de medicamentos por persona más altos del mundo, estos copagos han supuesto un importante ahorro en el gasto farmacéutico. Sin embargo, y más allá de este mero análisis cuantitativo, poco se sabe sobre sus efectos sobre la salud de la población. Todavía es demasiado pronto para analizar cuáles han sido los grupos de pacientes y de medicamentos más afectados por esta disminución del consumo, lo que impide evaluar la potencial reducción del consumo excesivo atribuible a la gratuidad y su impacto sobre la adherencia a los tratamientos, así como el acceso a tratamientos necesarios y efectivos²⁷.

3. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

A) SU PROCLAMACIÓN COMO UN DERECHO SOCIAL Y DE CARÁCTER PRESTACIONAL (EL ARTÍCULO 43 DE LA CONSTITUCIÓN)

Dentro del Título primero de nuestro texto constitucional, dedicado a los derechos y deberes fundamentales, se consagra el derecho a la protección de la salud. El artículo 43, efectivamente, reconoce explícitamente este derecho y diseña un sistema de responsabilidades para nuestros poderes públicos.

27 URBANOS GARRIDO, Rosa y PUIG-JUNOY, Jaume, “Políticas de austeridad y cambios en las pautas de uso de los servicios sanitarios. Informe SESPAS 2014”, Gaceta Sanitaria, nº 28, 2014, págs.82 y ss. Para evitar que el copago se convierta en un impuesto sobre la enfermedad, apuntan estos autores a la necesidad de que éste tenga un papel recaudatorio limitado y a la necesidad de realizar una definición más razonable de las aportaciones de los usuarios en el SNS. Siempre es preferible un copago evitable y basado en criterios de efectividad a un copago lineal y obligatorio.

Se trata de un derecho complejo que tiene cuerpo y forma de derecho pero espíritu de principio.

Al legislador le encarga establecer los derechos y deberes de todas las personas en relación con la salud y, con un carácter más genérico, a nuestros poderes públicos, organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. El marco de garantías efectivas de este derecho viene establecido en el art. 53.3 de la Constitución y depende directamente de su ubicación en el Texto Constitucional, en el capítulo III de su Título primero, titulado “de los principios rectores de la política social y económica”.

La naturaleza y la eficacia de este derecho ha sido objeto de un interesante debate doctrinal que no vamos a reproducir ahora²⁸. Algunos autores han llegado incluso a considerar la protección de la salud como un derecho “materialmente” fundamental, apoyándose en su relación estrecha con otros derechos fundamentales y con los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, con la dignidad de la persona, de manera que alguien a quien no alcanzara una protección de su salud en grado suficiente debería considerarse como tratado indignamente y obstaculizado gravemente en su desarrollo como persona²⁹. No muy alejado de este planteamiento, Pedreira Andrade³⁰ ha considerado que la subsunción constitucional del derecho a la protección de la salud entre los principios rectores de la política social y económica resulta discutible y desafortunada, ya que estamos en presencia de un verdadero derecho y no de un principio rector, por ello tiene carácter normativo y sirve de canon hermenéutico en orden al ejercicio de los derechos de los usuarios de la salud, no sólo en el campo del Derecho Público sino también en el ámbito del Derecho Privado. A mayor abundamiento, añade que el derecho a la salud constituye un derecho

28 Para una detallada exposición del tema nos remitimos al estudio de COBREROS MENDAZONA, Edorta, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1988, págs. 161 y ss.; así como a la exposición doctrinal realizada por págs. 115 y ss.

29 SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José, *Bases constitucionales de una posible política sanitaria en el Estado autonómico*, Documento de trabajo 89/2006, Laboratorio de Alternativas.

30 PEDREIRA ANDRADE, Antonio, “Hacia una potenciación del derecho constitucional a la protección de la salud”, en *Actualidad Administrativa*, nº 10, semana 9-15 marzo, 1992, págs. 92, 111 y 114.

a la personalidad y no una mera declaración programática, de tal forma que se encuentra en íntima interrelación e inescindible conexión con el derecho a la vida y a la integridad física, reconocido como derecho fundamental en el artículo 15 de la Constitución española. Todo ello le lleva finalmente a resaltar el valor normativo del derecho a la salud que, según el autor, sería plenamente eficaz y podría aplicarse sin intermediación de la ley.

Sin embargo, un importante sector doctrinal niega, no sólo que estemos ante un derecho fundamental, sino que nos encontremos ante un verdadero derecho subjetivo. Degradan la protección de la salud a la naturaleza de un mero principio rector de la economía. En esta línea, por ejemplo, Fernández Pastrana, insiste en que, a pesar de la dicción expresa del precepto no nos encontramos ante un auténtico derecho subjetivo, sino ante un “mero principio informador o rector de la política social que debe ser, eso sí, reconocido, respetado y protegido, y que informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos³¹”. Por ello sólo podrá ser invocado ante la jurisdicción ordinaria como un derecho subjetivo lesionado cuando aquél haya sido establecido por la legislación de desarrollo como tal derecho subjetivo. Insiste también Del Rey Guanter en que el artículo 43 no es un verdadero derecho subjetivo, al menos en el sentido utilizado por la Constitución en otros preceptos, sino que se trata más bien de “un principio rector cuya dinámica viene en gran medida determinada por un derecho fundamental, de forma que cobra plenamente sentido, en el texto constitucional, el que la protección de la salud es una lógica consecuencia del derecho a la vida y a la integridad física³²”.

En un sentido similar, Aparicio Tovar entiende que este derecho sólo podría ser considerado como derecho fundamental en la medida en que en esta categoría se diera cabida a los derechos de carácter económico y social³³. Para ello sería necesario partir de una concepción excesivamente amplia de esta especial categoría de los llamados derechos fundamentales, entendiendo

este concepto de tal modo que se dé en ellos entrada a todos aquellos derechos que, aun siendo de carácter económico y social, se caracterizaran, no por pedir una abstención por parte del Estado, sino más bien por requerir una actuación positiva de éste en orden a satisfacer determinadas necesidades de carácter vital, lo cual implicaría una completa inversión en la conceptualización de lo que tradicionalmente se considera derecho fundamental.

El intento de realizar una distinción tan lineal entre los derechos fundamentales y los derechos sociales resulta un tema muy complejo no susceptible de simplificaciones. El esfuerzo económico o la mera abstención del Estado son criterios muy poco fiables. Como bien recuerda Lema Añón, también los derechos fundamentales implicarían cuantiosos gastos. Pensemos por ejemplo en el derecho a la tutela judicial efectiva, que exige el establecimiento de la Administración de justicia, o en el derecho a la libertad y seguridad, que requiere establecer y mantener a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado³⁴.

Pues bien, sin negar el importantísimo papel que cumple este derecho, lo cierto y verdad es que nuestro constituyente ha sido bastante claro a la hora de determinar su valor. El artículo 43 aparece situado en el Capítulo III del Título I de la Constitución, que es el que establece los principios rectores de la política social y económica. Como hemos visto en estos últimos años y con ocasión de las medidas adoptadas para hacer frente a la crisis, esta ubicación en esta parte concreta del texto constitucional está teniendo importantísimas consecuencias respecto a su valor y eficacia. Implica, en primer término, que no estamos ante un derecho fundamental, sino ante un principio rector que es consecuencia directa de la constitucionalización de un determinado modelo de Estado, el Estado social.

Esta naturaleza del derecho a la protección de la salud como un principio rector no significa, en modo alguno, que nos encontremos ante una mera norma programática sin valor alguno. El precepto debe inspirar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Tal como ha recordado la doctrina del Tribunal Constitucional en su Sentencia 95/2000, de 10 de abril, “los principios rectores de la política social y económica, entre los

31 FERNÁNDEZ PASTRANA, José María, en *El servicio público de la sanidad: el marco constitucional*, Civitas, Madrid, 1984, págs. 55 y ss.

32 DEL REY GUANTER, Salvador, “El derecho a la protección de la salud: notas sobre su entramado constitucional”, en *Derechos y Libertades*, nº 6, 1998, págs. 162 y 168, principalmente.

33 APARICIO TOVAR, Joaquín, *La Seguridad Social y la protección de la salud*, Madrid, 1989, págs. 41 y ss.

34 LEMA AÑÓN, Carlos, “Derechos sociales, ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales”, en *Derechos y Libertades*, nº 22, Época II, enero de 2010, pág. 193.

que se encuentra el derecho a la protección de la salud al que se refiere el artículo 43 CE, no son meras normas sin contenido (STC 19/1982, de 5 de mayo), sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el artículo 53.3 CE". La doctrina del Tribunal Constitucional también ha declarado que: «el "derecho a la protección de la salud" (art. 43.1 CE) representa uno de los "principios rectores de la política social y económica" proclamados por la Constitución, cuyo reconocimiento, respeto y protección ha de informar la actuación de todos los poderes públicos (art. 53.3 CE)» (ATC 221/2009, de 21 de julio), y, asimismo, lo ha identificado como «un valor de indudable relevancia constitucional» (ATC 96/2011, de 21 de junio).

Además, nuestra Constitución ha configurado este derecho con un marcado carácter prestacional al encomendar a los poderes públicos tutelar y organizar la salud pública a través de medidas preventivas y a través de las prestaciones y servicios que sean necesarios. Se trata, no obstante y tal como ha señalado Lema Añón, de un derecho complejo que contiene elementos prestacionales con otros que no lo son. El derecho a la protección de la salud incluye el derecho prestacional a la asistencia sanitaria, pero también el derecho a que el Estado o un tercero no dañen la salud del titular del derecho³⁵. A nosotros en este trabajo nos interesa centrarnos únicamente en la primera de estas facetas.

B) LOS EFECTOS PRÁCTICOS QUE SE DERIVAN DE SU UBICACIÓN (Y POR CONTRASTE CON LOS DEMÁS DERECHOS CONSTITUCIONALES)

De este concreto emplazamiento se derivan importantes consecuencias prácticas, sobre todo si hacemos una comparación con el valor y la fuerza que nuestra Constitución otorga al resto de derechos dependiendo de su naturaleza y ubicación en el Texto constitucional. En virtud de esta concreta ubicación, nuestro Constituyente le ha dado un valor preciso y delimitado al derecho a la protección de la salud. Lo ha configurado como un principio rector de la política social y económica de nuestro país. Quiso que su reconocimiento, respeto y protección informara

la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos y que sólo pudiera ser alegado ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispusieran las leyes que lo desarrollen. Se deriva, pues, una remisión directa y omnímoda al legislador ordinario.

A partir de ahí, de esta concreta localización en el capítulo tercero del Título primero, podemos extraer notables diferencias respecto del resto de derechos constitucionales establecidos en su capítulo segundo (artículos 14 al 38, donde se encuentran también los derechos fundamentales fijados en su sección primera), que afectan directamente a las potestades y libertad que tiene el legislador ordinario para dotar de contenido al derecho a la protección de la salud y, en su caso, afectar a dos notas que, al menos en los últimos tiempos y desde un punto de vista teórico, se han considerado esenciales e identificativas de nuestro sistema público de salud como, son la de la universalidad y la gratuidad de las prestaciones sanitarias.

Efectivamente, nuestro Constituyente ha establecido una gradación de los derechos constitucionales del Título primero dependiendo de la fuerza vinculante que tienen para el legislador y del sistema de garantías judiciales que incorporan. Ha distinguido los principios rectores del resto de derechos establecidos en el capítulo II del Título primero, tanto respecto de los derechos fundamentales, contenidos en su sección primera (artículos 14 al 29) como del resto de derechos y libertades establecidos en su sección segunda (artículos 30 al 38, donde se reconocen el derecho a contraer matrimonio, a la propiedad privada y a la herencia, a la fundación, al trabajo, al ejercicio de las profesiones tituladas, a la negociación colectiva y a la libertad de empresa). Todos estos derechos del capítulo segundo se caracterizan por disfrutar de un sistema de protección fuerte, frente a los principios rectores o también llamados derechos sociales, económicos o prestacionales, que, por comparación, tendrían un sistema de protección bastante más débil.

Los derechos del capítulo segundo, no sólo "informan", sino que directamente "vinculan" a todos los poderes públicos. Sólo pueden ser regulados y desarrollados por el legislador que, en todo caso, deberá respetar su contenido esencial. Ello constituye un importante límite para el legislador ordinario, que no podrá desconocer esa regulación que forma parte de su contenido mínimo y esencial. En el caso de los derechos fundamentales se requiere incluso que sea una ley orgánica aprobada por mayoría absoluta

35 LEMAÑÓN, Carlos, "Derechos sociales, ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales, en *Derechos y Libertades*, n° 22, Época II, enero de 2010, pág. 193.

del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto de ley, para su regulación (art. 81 de la Constitución). Además, sólo para ellos se menciona específicamente la posibilidad de ser tutelados ante el Tribunal Constitucional a través de la interposición del recurso de inconstitucionalidad previsto en su art. 161.1.a) frente a las leyes o disposiciones normativas con fuerza de ley que eventualmente pudieran desconocer este núcleo básico. A mayor abundamiento, si se trata de la concreta categoría de los derechos fundamentales (los de la sección primera del capítulo segundo, el derecho de igualdad establecido en el art. 14 y del derecho a la objeción de conciencia del art. 30) se refuerzan con el disfrute de un procedimiento ante la Jurisdicción ordinaria basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, con el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Obviamente, el hecho de que no se establezca expresamente una previsión semejante para los derechos del capítulo tercero no significa que la norma que los regule no pueda ser llevada ante el Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre su adecuación al marco constitucional, aunque la ausencia de un contenido mínimo y esencial de estos derechos puede dificultar su posterior control por la falta o, mejor dicho, por las dificultades para señalar esos parámetros de control de su constitucionalidad.

Quiere ello decir que nuestra Constitución ha configurado el derecho a la protección de la salud como un derecho de estructura muy compleja. Aunque tiene forma y cuerpo de derecho tiene el alma de principio rector. Es un mero principio rector de la política social y económica del país, cuyo contenido, en principio, queda directamente al albur de lo que pueda decir el legislador en cada momento y sin que gocen, a diferencia de lo que ocurre con los demás derechos constitucionales, de un “contenido esencial” que vincule al legislador ordinario a la hora de desarrollarlo. Desde estos estrictos parámetros, pues, en principio no habría ningún impedimento constitucional para que pudieran verse afectadas las notas de universalidad o de gratuidad que en los últimos tiempos han caracterizado la protección pública del derecho a la salud. De hecho, la naturaleza misma del derecho constitucional a la protección de la salud se ha argüido como pretexto básico para justificar medidas restrictivas de las prestaciones sanitarias y la limitación del ámbito subjetivo de su protección que se han adoptado como consecuencia del Real Decreto Ley 16/2012. De esta circunstancia se aprovecha explícitamente esta norma cuando plantea en su exposición de motivos el papel que puede realizar el Gobierno y sus posibilidades de actuación frente a la

reserva de ley que establece el art. 43.2 al atribuir al legislador la determinación de los derechos y deberes de todos al respecto. Dice la exposición que:

“El derecho a la protección de la salud y la obligación de los poderes públicos de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios se consagra como principio rector de la política social y económica en el artículo 43 de la Constitución Española, que reserva a la ley el establecimiento de los derechos y deberes de todos al respecto.

El Tribunal Constitucional ha considerado, en sentencias como la 182/1997, de 28 de octubre, y la 245/2004, de 16 de diciembre, que el hecho de que una materia esté sujeta al principio de reserva de ley no permite concluir que la misma se encuentre excluida del ámbito de regulación del Real Decreto-ley, el cual puede penetrar en dicha materia siempre que se den los requisitos constitucionales de presupuesto habilitante y no afecte, en el sentido constitucional del término, a las materias excluidas en el artículo 86 de la Constitución Española, aspecto que necesariamente se relaja al encontramos en presencia de un principio rector de la política social y económica del Capítulo III del Título I de la Constitución”.

En fin, es clásico ya el debate doctrinal acerca de la titularidad de los derechos sociales y su universalidad, en el que no nos vamos a detener. Simplemente nos interesa exponer que existe una idea bastante generalizada de que estos derechos deben ser esencialmente distintos a todos los demás derechos fundamentales y derechos humanos por carecer de carácter universal. Dado su carácter prestacional y el importante esfuerzo económico público que incorporan, se ha entendido que los derechos sociales no han de ser para todos, sino sólo para aquellos que más los necesitan. Desde esta perspectiva, el derecho a la protección de la salud, como derecho social, estaría ligado fundamentalmente a la imposibilidad que tienen las personas para obtener dichas prestaciones directamente en el mercado. Así, por ejemplo, dirá Alexy que los derechos sociales son “derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo tuviera los medios financieros suficientes, y si encontrase en el mercado una oferta suficiente– podría obtener también de los particulares³⁶”.

En esta misma línea, Peces Barba, por ejemplo, también ha considerado que los derechos sociales

³⁶ ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 482.

“satisface necesidades que sus titulares no pueden satisfacer por sí mismos, y que comprometen fondos públicos, y una acción positiva de los poderes públicos, como derechos de crédito, se sitúan claramente, como hemos señalado en el ámbito de los derechos específicos, de las personas más necesitadas. Es por consiguiente un exceso no justificado atribuir esos derechos a personas que tienen posibilidades de satisfacer por sí mismas esas necesidades, por tener una capacidad económica suficiente³⁷”. Con independencia de este importante debate teórico, y dada la naturaleza concreta del derecho a la protección de la salud y su relación directa con la dignidad de la persona y con los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física, nos alineamos más bien con otros autores como De Lora o Lema Añón, que son partidarios de superar esta concepción al entender que los derechos sociales deben ser para todas las personas y no sólo para quienes más los necesitan. Como bien dice este último autor, “los derechos sociales son para todos o no son tales derechos”³⁸.

C) LAS CONSECUENCIAS PARA LAS NOTAS DE UNIVERSALIDAD Y GRATUIDAD

Nuestro modelo constitucional contiene una remisión directa al legislador para que en cada momento regule el contenido, la extensión y las condiciones para el disfrute del derecho a la protección de la salud (art. 43.2 y 53.3). De hecho, sólo podrá ser alegado y exigido ante la jurisdicción en los términos que previamente haya previsto el legislador. Al haber sido configurado como un derecho social, implica una carga financiera considerable para el erario público, de ahí que sea de contenido legal y que ineludiblemente requiera de intermediación legislativa en virtud de las condiciones económicas del país en cada momento concreto. Se trata de un derecho que es susceptible de ser modulado en virtud de las condiciones fundamentalmente económicas del momento. Hasta ahora hemos visto que la universalidad del sistema y su gratuidad o financiación pública, con las

matizaciones antedichas, han sido una opción indiscutible de nuestros legisladores desde la configuración del SNS. Hoy en día siguen siéndolo sobre el texto de la ley, formalmente, pero no sustancialmente porque sus bases se han desnaturalizado.

Como consecuencia de ello, al menos en principio, la universalización y la gratuidad en las prestaciones y servicios sanitarios no derivan ni imperativamente ni de manera inmediata de la Constitución. La legislación puede supeditar el acceso a las prestaciones sanitarias con cargo a los fondos públicos al pago de una determinada aportación dineraria (copago), a la vinculación con la Seguridad Social o a la posesión de una determinada autorización administrativa, como ha sido el caso para los extranjeros, a quienes se les exige a partir de ahora disponer de una residencia autorizada administrativamente por el Estado y el correspondiente vínculo con la Seguridad Social.

Esto significa que, al menos en principio, el legislador tiene una amplísima libertad para determinar en cada momento concreto, atendiendo fundamentalmente a la situación económica, la extensión de las prestaciones públicas sanitarias gratuitas o bonificadas, así como las condiciones que han de reunir los titulares de este derecho. Desde esta perspectiva, la exclusión de determinados medicamentos del sistema público subvencionado, el aumento de porcentaje de aportación de los ciudadanos o el pase a un sistema de aportación pecuniaria para disfrutar de determinados servicios que antes eran gratuitos (transporte sanitario no urgente o prestaciones ortoprotésicas, por ejemplo) se situarían en el marco de opciones de políticas públicas que corresponde regular y ejecutar a nuestros poderes públicos, de acuerdo con las prioridades políticas y las condiciones sociales y económicas de cada momento histórico en concreto.

Como ha señalado la STC 245/2004, de 16 de diciembre, esta característica de derechos prestaciones, que requieren una base financiera sólida y una administración de recursos escasos, permiten al legislador una amplia libertad de configuración. Corresponde al legislador, en función de las situaciones de necesidad existentes y de los medios financieros disponibles, determinar la acción protectora a dispensar por el SNS y las condiciones para el acceso a las prestaciones.

Sobre los condicionantes económicos de los derechos sociales y, en concreto, respecto del modelo de la Seguridad Social (art. 41 CE), se ha pronunciado el Tribunal Constitucional reiteradamente (STC

37 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Boletín Oficial del Estado y Universidad Carlos III, Madrid, 1999, pág. 319.

38 LEMA AÑÓN, Carlos, “Derechos sociales, ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales”, en *Derechos y Libertades*, nº 22, Época II, enero de 2010, págs. 180 y 181. En la misma línea, DE LORA, Pablo, “El derecho a la protección de la salud”, *Constitución y derechos fundamentales*, obra colectiva coordinada por Jerónimo Betegón, Francisco J. Laporta, Juan Ramón de Páramo y Luis Prieto Sanchís, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, págs. 875 y ss.

65/1987, de 21 de mayo, FJ 17; 37/1994, de 10 de febrero, FJ 3, y 78/2004, de 29 de abril, FJ 3), y también sobre la racionalización del gasto en el sistema sanitario. Sobre esta última cuestión ha considerado que 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). El alcance y la graduación de la gratuidad, así como de las bonificaciones económicas en las prestaciones sanitarias y farmacéuticas, dependerán de la regulación que en cada momento histórico o temporal apruebe al legislador, de acuerdo con las exigencias derivadas de las circunstancias cambiantes, respetando los límites constitucionales.

Dado, pues, que estas notas no derivan directa ni forzosamente de la Constitución, cabe plantearse cuál es el papel del legislador en esta materia o, dicho en otras palabras, si existe algún aspecto que nos permita delimitar su actuación y marcar alguna línea roja en la configuración que haga del derecho a la protección de la salud. Es preciso tener en cuenta que, dentro de estos amplísimos márgenes de libertad que nuestro ordenamiento le reconoce, no es lo mismo no seguir avanzando en la extensión del contenido de este derecho que reducir el contenido de sus prestaciones o excluir a determinados colectivos de ciudadanos. Renunciar a derechos que ya se tienen es mucho más dramático y doloroso que no seguir progresando en algo que todavía no se tiene.

A nuestro juicio, difícilmente se pueden marcar límites respecto a la nota de gratuidad del sistema salvo que se produjera un desarrollo normativo extremo que dejara prácticamente sin contenido la protección de la salud. Sin embargo, podemos encontrar algunos argumentos en defensa del mantenimiento de la nota de universalidad como un elemento nuclear de nuestro Sistema Nacional de Salud.

4. LOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA RUPTURA DE LA UNIVERSALIDAD (EXCLUSIÓN DE DETERMINADOS COLECTIVOS)

Su naturaleza como un principio rector de la política social no debe suponer en modo alguno que la protección de la salud quede por completo al arbitrio de lo que pueda disponer el legislador en cada

momento concreto o la Administración a la hora de organizar la prestación de este servicio público. La libertad del legislador a la hora de configurar este derecho está condicionada, no sólo por las exigencias que se derivan de nuestro modelo de Estado Social, sino también por los compromisos de carácter internacional contraídos por el Estado Español. Así sucede con las obligaciones que derivan del Reglamento Sanitario Internacional, de la Carta Social Europea o del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Este último Pacto, por ejemplo, establece una obligación de aplicación progresiva de los derechos que reconoce y, en consecuencia, de ahí se deriva la prohibición de regresividad o retroceso en el reconocimiento de tales derechos. La realización progresiva del derecho a la protección de la salud que se deriva de estas normas internacionales significa que el legislador tiene el deber concreto y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización de este derecho, determinando qué medidas son las más convenientes para hacer frente a las circunstancias económicas específicas en que pueda encontrarse en cada momento concreto.

Pero no sólo los compromisos de carácter internacional nos dan importantes orientaciones al respecto y nos permiten delimitar algunas líneas rojas del sistema. Su estrecha relación con los derechos fundamentales, la elección por un determinado modelo de Estado, un Estado Social, y, sobre todo, razones de coherencia interna del sistema, también han de ser elementos de gran relevancia en este debate sobre la salvaguardia de este derecho.

A) LAS INCONGRUENCIAS QUE PLANTEA CON LOS POSTULADOS DEL ESTADO SOCIAL

El reconocimiento de este derecho se realiza, efectivamente, en el seno de un determinado modelo de Estado por el que optaron nuestros Constituyentes: un Estado social y democrático de Derecho. La cláusula constitucional del Estado Social implica que los poderes públicos son los encargados de hacer real y efectiva la igualdad de todos los ciudadanos y de los grupos en que se integran (art. 1 y art. 9 de la Constitución). La lógica y la inspiración del Estado social es la de la continua lucha por la igualdad y justicia social. Y si este mandato resulta predicable de todos los ámbitos de la vida social, con mayor motivo lo será en el ámbito de la salud y la asistencia sanitaria debido precisamente a la estrechísima relación que existe entre este derecho de carácter social y

los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física de todos los ciudadanos. En este sentido, tal como ha destacado Menéndez Rexach, la protección de la salud y la asistencia sanitaria no constituyen una opción del legislador sino una exigencia constitucional³⁹.

Pues bien, la exclusión del colectivo de los inmigrantes irregulares se ha presentado como una medida necesaria para el ahorro y la sostenibilidad del sistema financiero. Sin embargo, han pasado ya más de dos años y todavía no tenemos noticia de estos pretendidos ahorros, si es que han existido. Por otra parte, si el objetivo era el ahorro, no tendría sentido que al mismo tiempo se amplíe el ámbito subjetivo de la protección pública a los residentes que, sin estar trabajando ni ser pensionistas, perciben rentas de hasta cien mil euros.

Se trata, en todo caso, de una curiosa interpretación de la universalización de la asistencia sanitaria que incluye en bloque a una parte considerable de los llamados “rentistas”, que pueden vivir holgadamente de los ingresos y rentas que perciben y que deja fuera del sistema a los colectivos más empobrecidos y vulnerables que más lo necesitan, tal como acontece en este caso con los extranjeros sin papeles. No hemos de olvidar que los derechos sociales expresan expectativas de recursos y bienes que están directamente relacionados con la idea de justicia social, con la igualdad y, sobre todo, con la solidaridad. Por ello precisamente, en el modelo precedente, la universalización de la asistencia sanitaria se había producido extendiendo ésta a los colectivos que carecían de recursos económicos suficientes, esto es, a aquellas personas cuyas rentas, de cualquier naturaleza, fueran iguales o inferiores en cómputo anual al salario mínimo interprofesional. Ahora la universalización se extiende a aquellas personas que, no estando trabajado ni cotizando, reciben rentas iguales o inferiores a los cien mil euros anuales. Ciertamente se trata de una interpretación del principio de universalización de la asistencia sanitaria pública que está completamente alejada de cualquier concepto de justicia social y de solidaridad con las personas más desfavorecidas.

Y es que, efectivamente, la reforma se ha alejado de estos planteamientos, situándonos ante un plano ciertamente paradójico —por no decir desconcertante— y carente de sentido, que nos enfrenta directamente

con los postulados básicos del Estado de bienestar y de la naturaleza misma de los derechos sociales.

Con independencia del debate doctrinal sobre la titularidad de los derechos sociales al que antes nos hemos referido, había coincidencia doctrinal en un aspecto esencial. En caso de que se aceptara que su titularidad no fuera universal y no estuviera atribuida a todos sino limitada a algunos, éstos serían, en todo caso, quienes más lo necesitaran, las personas que no tienen capacidad económica suficiente y no tienen, pues, posibilidad de satisfacer sus necesidades por sí mismas. Sobre este punto concreto existe una aplastante unanimidad doctrinal⁴⁰.

Ahora, sin embargo, nos hemos apartado por completo de estos postulados esenciales. Bajo el pretexto del ahorro económico hemos cerrado el modelo por abajo para abrirlo por arriba, a las capas poblacionales más pudientes y que menos lo necesitan. Como diría Peces Barba, sin duda, en tiempos de crisis es un exceso no justificado reconocer el derecho a la asistencia sanitaria pública y gratuita a personas que, por tener capacidad económica suficiente, tienen la posibilidad de cubrir por sí mismos esas necesidades⁴¹. Con ello, nos alejamos preocupantemente de las bases del Estado social, olvidándonos por completo de los marcos constitucionales en los que ha de moverse el legislador.

En fin, la instauración de un sistema público sanitario no es sino una manifestación de la opción por un determinado modelo de Estado cuya característica básica, tal como ha destacado Palomar Olmeda, es la superación del modelo de Estado abstencionista en sus relaciones con la sociedad y su sustitución por un tipo de Estado que interviene directamente en la vida social hasta el punto de convertir en funciones propias las que hacen referencia a la satisfacción de las necesidades sociales⁴². El principio del Estado social,

40 LEMA AÑÓN, Carlos, “Derechos sociales, ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales”, en *Derechos y Libertades*, nº 22, Época II, enero de 2010, págs. 180 y 181. En la misma línea, DE LORA, Pablo, “El derecho a la protección de la salud”, *Constitución y derechos fundamentales*, obra colectiva coordinada por Jerónimo Betegón, Francisco J. Laporta, Juan Ramón de Páramo y Luis Prieto Sanchís, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, págs. 875 y ss.

41 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Boletín Oficial del Estado y Universidad Carlos III, Madrid, 1999, pág. 319.

42 PALOMAR OLMEDA, Alberto, “El tratamiento constitucional de la salud”, en la obra colectiva coordinada por el mismo autor y titulada *Manual jurídico de la profesión médica*, Dykinson, Madrid, 1998, pág. 119; DOYAL, Len

39 MENENDEZ REXACH, Ángel, “El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas”, en la *Revista Derecho y Salud*, Volumen 11, Número Extraordinario, mayo de 2003, pág. 26.

en palabras de Cascajo Castro, viene a caracterizar la estructura del ordenamiento y de la Constitución y compromete a los órganos del Estado y a los mismos sujetos particulares en una acción de transformación de la sociedad, que tiene como últimos fines la igualdad y la extensión del bienestar, de tal forma que la idea del Estado social termina por identificarse con la propia concepción del progreso civil⁴³.

La opción constitucional por un “Estado Social” debería tener repercusiones importantísimas también en materia sanitaria, toda vez que está imponiendo la existencia necesaria de un Estado preocupado y comprometido con la sociedad que tiene como uno de sus objetivos prioritarios y fundamentales el garantizar un determinado nivel de vida de los ciudadanos y un determinado grado de bienestar social, sobre todo para los ciudadanos más desfavorecidos. Desde esta perspectiva, la protección de la salud y el establecimiento de un sistema que cubra las necesidades sanitarias y sociales mínimas de todos los ciudadanos puede verse como una conquista de los ciudadanos y del Estado social y, en este sentido, puede decirse que el art. 43 es una concreción, manifestación y desarrollo del Estado social en el ámbito de la salud.

Por ello, hasta hace tan sólo unos años y en virtud precisamente de las exigencias que impone el modelo de Estado social que hemos adoptado en nuestra Constitución, difícilmente se habría podido concebir que un legislador realmente preocupado y responsable de la sociedad pudiera dar marcha atrás en el contenido y extensión del derecho a la protección de la salud y adoptara medidas de claro carácter regresivo. La práctica demuestra precisamente todo lo contrario, la tendencia a garantizar un ámbito de protección

de la salud individual y colectiva cada vez mayor y, en definitiva, a una ampliación progresiva de los derechos de los ciudadanos relacionados con la salud. Ello se ha traducido en una ampliación progresiva, tanto de la cartera de servicios como de los colectivos titulares de la asistencia sanitaria pública. Al menos así venía ocurriendo hasta el inicio de la actual crisis económica.

Esto, por otra parte, constituía la esencia misma que estaba en la teorización de las doctrinas sobre la irreversibilidad de las conquistas sociales. Los principios rectores de la política social y económica fueron concebidos con ese propósito y se hicieron depender directamente del legislador con la intención fundamentalmente de facilitar su progresividad, la extensión de su contenido y de su ámbito de protección conforme fueran mejorando las condiciones económicas del país, tal como así había venido sucediendo. La crisis económica, sin embargo, ha supuesto un importante punto de inflexión en esta materia y está alterando por completo sus postulados teóricos básicos. Se están limitando las prestaciones sanitarias públicas, se están aumentando las aportaciones de los usuarios por ellas y se están excluyendo a determinados colectivos de personal, tal como ha ocurrido con los inmigrantes ilegales.

B) LOS POSIBLES PROBLEMAS DE SALUD PÚBLICA Y LA PÉRDIDA DE “CAPACIDADES” PARA CUMPLIR CON LAS EXIGENCIAS DEL REGLAMENTO SANITARIO INTERNACIONAL

La exclusión del colectivo de los inmigrantes supone agravar todavía más sus problemas de desarraigo y exclusión social, sin duda⁴⁴. Además, puede acarrear importantes efectos colaterales en el ámbito de la salud pública, toda vez que puede suponer una disminución de la eficacia de las técnicas de vacunación o puede perderse por completo el control y seguimiento de las enfermedades de declaración obligatoria, de tipo contagioso, con las importantes y graves consecuencias que ello supondría para la salud del resto de la población⁴⁵. Las consecuencias

y GOUGH, Ian, *Teoría de las necesidades humanas*, Icaria, Barcelona, 1994, consideraron la salud y la autonomía como las dos necesidades básicas del individuo, necesarias para el logro del estado de bienestar; MONEREO PÉREZ, José Luis, “La política social en el Estado del Bienestar: Los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de desmercantilización” en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Julio-Septiembre de 1995; GARCÍA COTARELO, Ramón, *Del Estado del bienestar al Estado del malestar. (La crisis del Estado Social y el problema de legitimidad)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986. Para este autor, el Estado Social persigue la síntesis de dos ideas contrapuestas, la libertad y la igualdad. “Bienestar social garantizado por la intervención administrativa del Estado en todos los ámbitos sociales pero en un medio de libertades formales en cuyo fundamento se encuentra la convicción de que el único criterio de validación es el procedimental” (pág. 14).

43 CASCAJO CASTRO, J.L., “La configuración del Estado Social en la Constitución española”, en la obra colectiva titulada *Estudios sobre el Estado Social. El Estado Social y la Comunidad Autónoma de Andalucía*, coordinada y dirigida por CÁMARA VILLAR y CANO BUESO, editada por Tecnos, Madrid, 1993, pág. 41.

44 Seguimos en este punto el escrito de *Posición de la Asociación de Economía de la Salud sobre la reforma del derecho subjetivo a la asistencia sanitaria universal introducido por el Real Decreto Ley 16/2012*, en http://aes.es/Publicaciones/Documento_de_posicion_aseguramiento.pdf (última fecha de consulta en marzo de 2013).

45 URBANOS, Rosa, “¿No había otro modo de racionalizar? Comentarios sobre el cambio en el modelo de aseguramiento”, en el *Boletín Informativo* nº 74, julio de 2012,

que todo ello puede tener para el resto de la población tampoco son, pues, baladíes. Todo ello, claro está, sin contar la sobrecarga que puede generarse en los servicios de urgencias pues es previsible que se produzca un desplazamiento hacia estas estructuras por seguir siendo gratuitas.

Siendo consciente de ello y de los incumplimientos de las normas de carácter internacional en que podíamos incurrir, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad ha aprobado el 18 de diciembre de 2013 un documento de medidas de intervención sanitaria en situaciones de riesgo para la salud pública. Se trata, en definitiva, de un documento elaborado en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud para intentar paliar los graves efectos de salud pública que puede tener la exclusión cuando se detecte que hay personas con enfermedades que suponen un riesgo para el resto de la población y que no tengan derecho reconocido a la asistencia sanitaria. Pensemos, por ejemplo, en el Ébola. La consecuencia directa de ello no es otra que el reconocimiento de lo que el documento denomina “*prestación sanitaria*”, que se ofrecerá preferiblemente en atención primaria mediante acciones preventivas, diagnósticas, terapéuticas y de control del problema en curso, pero que no excluye tampoco la atención especializada o incluso los medicamentos, en caso de carecer de recursos económicos.

Con esta medida se pretende evitar que España incumpla los compromisos y las obligaciones que derivan del Reglamento Sanitario Internacional, adoptado en el seno de la Organización Mundial de la Salud (OMS), toda vez que dicha norma obliga a los Estados a prevenir la propagación internacional de enfermedades y a dar una respuesta inmediata de salud pública ante dichos riesgos. El Reglamento obliga al Estado español a disponer de la capacidad básica necesaria para detectar, controlar, evaluar y notificar enfermedades o sucesos potencialmente patógenos. Sin embargo, difícilmente pueden cumplirse estas obligaciones internacionales si el sistema público sanitario pierde por completo el control sobre un grupo de población especialmente sensible a estos efectos, que quedan sistemáticamente fuera de los servicios de detección y alerta temprana. Ha perdido la capacidad básica de actuación a la que obliga esta norma internacional.

Este nuevo esquema de intervención sanitaria permitiría posiblemente cubrir esta importante laguna. Ahora bien, no concuerda bien con el nuevo ámbito subjetivo de la protección que define la nueva redacción de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud y, en todo caso, nos conduce a una visión muy empobrecida de lo que debe ser la salud pública. Sólo suscita el interés de la Administración aquel tipo de situaciones que pueden suponer un riesgo para la población. Con ello, el nuevo modelo de intervención que se diseña en este documento parece evocar a una concepción de la salud pública propia del siglo pasado, ligada a un concepto de orden público, de policía sanitaria y de control de pandemias. En definitiva, a una visión pública de perspectiva higienista, de lucha contra la infección.

El documento apunta a una visión ciertamente delicada y comprometida respecto del papel que deben desarrollar nuestros Poderes Públicos en materia de salud. Puede dar la errónea impresión de que se fijan en la figura del inmigrante irregular, no como un ser humano que debe ser titular de derechos, sino más bien como un posible vector o portador de un agente infeccioso susceptible de poner en riesgo la salud de los demás ciudadanos. Obviamente, ello difícilmente puede tener encuadre en el modelo de Estado Social por el que optó nuestra Constitución, que proclama la dignidad del ser humano como uno de los valores fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, y que exige el compromiso de todos los Poderes Públicos por conseguir la igualdad real y efectiva de todos los ciudadanos y de los grupos en que se integran.

C) IGNORA LA PROHIBICIÓN DE REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES QUE SE DERIVA DE LOS COMPROMISOS ASUMIDOS POR EL ESTADO ESPAÑOL

Las novedades introducidas en las últimas reformas sanitarias suponen una importante modificación de las condiciones de ejercicio del derecho a la protección de la salud. Afectan directamente a los principios de universalidad y gratuidad de las prestaciones sanitarias. Todas ellas tienen un claro carácter regresivo. Si seguimos a COURTIS, una norma es regresiva si al compararla con la norma anterior que ha modificado o sustituido suprime, limita o restringe derechos o beneficios reconocidos por la norma anterior. Una política pública sanitaria realizada por un Estado es regresiva cuando sus resultados hayan

de la Asociación Economía de la Salud (AES) en <http://aes.es/Publicaciones/boletin74.pdf> (última fecha de consulta en marzo de 2013).

empeorado en relación con los de un punto de partida temporalmente anterior elegido como parámetro⁴⁶.

Pues bien, su carácter regresivo se aprecia fácilmente en la medida en que agravan y desmejoran considerablemente la situación de los ciudadanos respecto de la regulación anterior contenida, tanto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, como en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, y sus normas de desarrollo. Estas normas, que han traducido este derecho social en una pléyade de derechos subjetivos, son precisamente las que nos sirven de parámetro a la hora de determinar el carácter regresivo de las actuales medidas fijadas por el Real Decreto Ley 16/2012 y sus normas reglamentarias de desarrollo.

En efecto, en la medida en que se excluyen del sistema público determinado tipo de prestaciones sanitarias y farmacéuticas o imponen condiciones más estrictas para disfrutar de ellas, como por ejemplo, realizar una determinada aportación económica para su acceso, suponen un empeoramiento palpable desde el punto de vista del ciudadano. Sin embargo, no todas ellas tienen la misma intensidad ni gravedad, aun participando de la nota común de regresividad. En este sentido, de todas ellas la más grave y regresiva, a mi juicio, es la expulsión del sistema público sanitario de los inmigrantes irregulares.

La libertad del legislador a la hora de configurar el contenido y extensión del derecho a la protección de la salud no es en modo alguno absoluta. Existen normas de carácter internacional que establecen ciertas exigencias mínimas a la hora de determinar el contenido de los derechos sociales y que, en consecuencia, vinculan a nuestro legislador. El marco constitucional debe ser interpretado como un mandato de optimización, de mejora continua y de progresión en los llamados derechos sociales o prestaciones. En todo caso, la interpretación de los derechos económicos y sociales reconocidos por nuestra Constitución hay que hacerla conforme a estos compromisos de carácter internacional suscritos por el Estado español, tal como se deriva del mandato contenido en el art. 10.2 de la Constitución⁴⁷.

46 COURTIS, Christian, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, obra colectiva coordinada por el mismo autor, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2006, págs. 3 y 4.

47 Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las

La preocupación por la sanidad y la protección a la salud constituye una nota común y uno de los aspectos fundamentales de todos los Estados sociales, lo que explica la importancia que tradicionalmente y desde muy temprano se le ha concedido desde distintos instrumentos internacionales. Así, por ejemplo, a la protección de la salud se refería ya en términos muy claros y contundentes el artículo 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de 10 de diciembre 1948, cuyo art. 25.1 afirmaba que toda persona tiene derecho a la salud y al bienestar y, en especial, a la asistencia médica. A él se refiere también el artículo 35 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, proclamada en el Consejo Europeo de Niza de 7 de diciembre de 2000 e incorporada en 2009 al Tratado de Lisboa, con el mismo carácter vinculante que los Tratados, al establecer que “*Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana*”. No obstante, este último reconocimiento poco nos aporta a los efectos de este trabajo, en la medida en que de nuevo nos remite directamente –y sin condiciones– al legislador nacional para determinar su contenido. Existen otros textos de carácter internacional que son bastante más explícitos a la hora de delimitar la libertad del legislador nacional en la configuración del derecho a la protección de la salud.

En el seno del Consejo de Europa es preciso tener en cuenta **la Carta Social Europea (CSE)**, hecha en Turín el 18 de octubre de 1961 y firmada por el Estado español el 27 de abril de 1978. Tras garantizar en el art. 11 el derecho a la protección de la salud, garantiza en su art. 13 el derecho a la asistencia social y médica. Para ello, el Estado se obliga a velar para que toda persona que no disponga de recursos suficientes y no esté en condiciones de conseguirlo por su propio esfuerzo o de recibirlos de otras fuentes, especialmente por vía de prestaciones de un régimen de Seguridad Social, pueda obtener una asistencia adecuada y, en caso de enfermedad, los cuidados que exija su estado.

Cierto es que estos derechos sólo se aplican a los extranjeros que son nacionales de otros Estados miembros firmantes de la Carta y a los residentes legales o que trabajan de manera regular en el Estado.

mismas materias ratificados por España. En el mismo sentido, su art. 13.1 obliga también a interpretar las libertades públicas de los extranjeros en los términos que establezcan los tratados y la ley.

Dicho ámbito es el que, en principio, se deduce del apéndice de la Carta. Sin embargo, dicho apéndice ha sido interpretado por el Comité Europeo de Derechos Humanos en el asunto nº 14/2003, ante la impugnación presentada por la *International Federation of Human Rights Leagues* (FIDH) contra Francia por la reforma legislativa aprobada en el año 2002, que daba por finalizada la gratuidad del tratamiento médico y hospitalario para los inmigrantes en situación irregular y con ingresos muy reducidos⁴⁸.

En dicho pronunciamiento, el CEDS insistió en que la Carta se debe interpretar de una manera teleológica y coherente con los principios de la dignidad humana del individuo y, precisamente por ello, cualquier restricción que se pretenda hacer de sus derechos se debe interpretar de manera estricta. Dirá en su párrafo 27, que la Carta es un instrumento complementario de la Convención Europea de Derechos Humanos y, como tal, debe estar inspirada en los mismos valores: dignidad, autonomía, igualdad y solidaridad. Sostuvo que, al ser la protección de la salud un prerequisite de la dignidad humana, toda legislación o práctica que denegara a los nacionales extranjeros el derecho a la asistencia médica mientras están en el territorio de un Estado parte, aunque se encuentren en él ilegalmente, es contraria a la Carta, si bien no todos los derechos de la CSE se pueden extender a los migrantes en situación irregular⁴⁹.

Más recientemente, el CEDS, que es el órgano encargado de vigilar el cumplimiento de la Carta por los Estados parte a través de la presentación de informes

estatales y las reclamaciones colectivas, publicó el 22 de abril de 2013 cinco decisiones sobre el sistema de Seguridad Social griego⁵⁰. En ellas consideró que, aunque las restricciones en el sistema de prestaciones de Seguridad Social no suponen en sí una violación de la Carta Social Europea, los efectos cumulativos de todas las restricciones impuestas como consecuencia de las medidas de austeridad pueden suponer una violación del derecho a la Seguridad Social proclamado en el art. 12 de la Carta⁵¹. Un planteamiento similar podría realizarse, a nuestro juicio, del derecho a la protección de la salud.

De hecho, el Comité Europeo de Derechos Sociales, en el informe de conclusiones relativo a la aplicación de la Carta en nuestro país durante el período 2008-2011, ha advertido ya al Estado español de que dicha exclusión resulta contraria al art. 11 de la Carta Europea de Derechos Sociales y de que la crisis económica no puede ser utilizada como pretexto para recortar los derechos contenidos en dicho instrumento. Este aviso resulta enormemente significativo, sobre todo si tenemos en cuenta que el período sometido a análisis no abarcaba todavía al Real Decreto Ley 16/2012⁵².

50 Después de examinar los informes estatales, el Comité dicta unas ‘conclusiones’ sobre el cumplimiento de la Carta por el Estado parte. El Comité toma una decisión basada en los méritos de la denuncia y notifica a las partes pertinentes y al Comité de Ministros a través de un informe. Dicho informe se hace público dentro de un período de 4 meses. Por último, el Comité de Ministros adopta una resolución. En algunas ocasiones, recomienda al Estado pertinente tomar medidas específicas para que la situación sea conforme a los requisitos de la Carta Social Europea.

51 Dirá el Comité que algunas de las reducciones introducidas por el Gobierno griego y criticadas por los reclamantes no suponen por ellas mismas una violación de la Carta. Este es particularmente el caso de las restricciones introducidas en las pensiones cuando el nivel de las pensiones es suficientemente alto o cuando la edad para disfrutar de las pensiones es baja, pues hay un interés público en que esas personas puedan seguir en el mercado de trabajo. Por el contrario, los efectos cumulativos de tales restricciones, tal como han sido descritas por los reclamantes y que no han sido contestadas por el Gobierno, suponen una significativa degradación de las condiciones de vida de los pensionistas. A pesar del contexto de la crisis económica griega y de que el Gobierno ha sido requerido para adoptar decisiones urgentes, el Gobierno no ha probado haber realizado un análisis de los efectos de tales medidas y su impacto en la sociedad. Tampoco ha justificado si se podrían haber adoptado otras medidas alternativas. No ha demostrado los esfuerzos que ha realizado para mantener un nivel de protección suficiente de los colectivos más vulnerables de la sociedad, a pesar de que las medidas adoptadas suponen una gran pauperización. Los cinco informes pueden consultarse en la siguiente página (última consulta: el 23 de abril de 2013):

http://www.coe.int/T/DGHL/Monitoring/SocialCharter/NewsCOEPortal/CC76-80Merits_en.asp

52 Conclusiones del Comité Europeo de Derechos Sociales sobre la aplicación de la Carta Social Europea en España

48 La FIDH consideró que dicha medida suponía una vulneración del derecho a la asistencia médica (artículo 13 de la CSE revisada) y que iba en contra del derecho de los niños a la protección (artículo 17). Por mayoría de 9 contra 4, el CEDS no consideró que se hubiese producido una vulneración del artículo 13 en la medida en que los inmigrantes adultos en situación irregular podían acceder en cualquier momento a algunas formas de asistencia médica tras tres meses de residencia y, en todo caso, ante situaciones de emergencia o de peligro para la vida. Aunque los niños afectados tenían un acceso a la asistencia sanitaria similar al de los adultos, el CEDS consideró que se había producido una vulneración del artículo 17, relativo al derecho de los niños a la protección, pues este artículo era más amplio que el artículo 13, relativo al derecho a la asistencia médica.

49. Concluirá finalmente diciendo que: “31. Human dignity is the fundamental value and indeed the core of positive European human rights law – whether under the European Social Charter or under the European Convention of Human Rights- and health care is a prerequisite for the preservation of human dignity. 32. The Committee holds that legislation or practice which denies entitlement to medical assistance to foreign nationals, within the territory of a State Party, even if they are there illegally, is contrary to the Charter”. http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/complaints/CC14Merits_en.pdf.

Mayores e incluso más concretos niveles de protección ofrece en el ámbito de Naciones Unidas el **Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, en virtud fundamentalmente de las interpretaciones realizadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Como ha destacado Pemán Gavín, se trata de un Tratado internacional que ha sido ratificado por España y que, en consecuencia, incorpora compromisos jurídicamente vinculantes para nosotros, que forman parte de nuestro ordenamiento conforme a lo dispuesto en el art. 96 de la Constitución y que tiene también unos efectos normativos indirectos derivados de lo establecido en el art. 96.1 del Texto Constitucional⁵³.

El Estado español, efectivamente, firmó el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (en adelante PIDESC), adoptado en el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, por lo que está obligado a adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad del derecho a la protección de la salud hasta el máximo de los recursos de que disponga (art. 2.1). En virtud de esta obligación de progresividad se ha entendido que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con este derecho. A mi juicio, una cosa es que el legislador pueda establecer condicionantes para el ejercicio del derecho a la protección de la salud, tales como, por ejemplo, la limitación de las prestaciones farmacéuticas o el sometimiento a un nuevo régimen de aportaciones dinerarias para disfrutar de algunas de ellas, y otra muy distinta que dé un paso atrás en nuestro ordenamiento social para establecer medidas regresivas de alto impacto que se traducen en la negación total del derecho para determinados colectivos.

En este sentido, conviene tener en cuenta que existe una presunción de que las decisiones políticas y administrativas que adopta un Estado incumpliendo las obligaciones de progresividad y no regresividad a las que se ha comprometido constituyen una violación de los tratados internacionales sobre los derechos sociales⁵⁴. Incumbe entonces al Estado la carga

de justificar y probar la racionalidad y la necesidad de tales medidas, así como la inexistencia de medidas alternativas al retroceso. Así lo explicita el art. 2.1 del PIDESC al fijar que si el Estado adopta alguna medida de carácter regresivo le corresponde demostrar que se han aplicado tras el examen exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto, en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte. Ni la exposición de motivos del Real Decreto Ley ni su memoria económica aportan, a mi juicio, las explicaciones al respecto que serían necesarias.

Además, el artículo 12 de este Pacto consagra el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Pues bien, entre las múltiples medidas que deberán adoptar los Estados para lograr la efectividad de este derecho figuran, entre otras, la creación de condiciones que aseguren a todos los ciudadanos la asistencia médica en caso de enfermedad. Significa ello que el Estado español se ha comprometido a adoptar medidas, **hasta el máximo de los recursos de que disponga**, con tal de lograr progresivamente la plena efectividad del derecho a la protección de la salud (art. 2). Es más, el compromiso de los Estados llega a garantizar que este derecho se ejerza sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

De ello se deriva una obligación de prioridad de gasto al adoptar decisiones sobre el gasto público sanitario respecto de otras partidas discrecionales y, en todo caso, el Estado deberá justificar y motivar adecuadamente por qué reduce el gasto público respecto de la salud. Obviamente en un contexto de grave crisis económica y en el marco del principio de estabilidad presupuestaria que ha consagrado recientemente el art. 135 de nuestra Constitución no resultará fácil cumplir las condiciones del Pacto para esta rebaja del gasto sanitario, especialmente si tenemos en cuenta que la nueva redacción de este precepto otorga prioridad absoluta en el gasto, no al desarrollo de los derechos sociales, sino al pago de los intereses y el capital de la deuda de nuestras Administraciones Públicas.

Conviene tener en cuenta que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), que es el órgano de expertos independientes que supervisa

XX-2 (2013), publicado en enero de 2014 y consultado el día 14 de marzo de 2014 en: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Conclusions/State/SpainXX2_en.pdf.

53 PEMÁN GAVÍN, Juan María, «El derecho a la salud como derecho social. Desarrollos recientes desde la perspectiva internacional y en el Derecho comparado», en la *Revista de Derecho Administrativo* núm. 179, 2009, pág. 39.

54 PARRA VERA, Oscar, «El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad», en *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, obra colectiva coordinada por Christian COURTIS, Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2006, pág. 53; ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los*

derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, Madrid, 2002, págs. 96 y 111, entre otras muchas.

la aplicación del Pacto por los Estados firmantes⁵⁵ y el encargado de interpretar sus disposiciones en forma de Observaciones Generales, ha dado contenido a este concreto derecho y ha determinado las obligaciones de los Estados firmantes en esta materia. Precisamente, en su reunión de 12 de mayo de 2000, el Comité adoptó la *Observación General n° 14 respecto del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. En ella ha definido la salud como **“un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos”**. En el párrafo 43 interpreta que es obligación básica de los Estados, como mínimo, la de garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial, por lo que respecta a grupos vulnerables o marginados, así como facilitar medicamentos esenciales.

Es obligación básica y esencial de los Estados la de adoptar medidas necesarias hasta el máximo de los recursos de que disponga. *“Un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad al derecho a la salud viola las obligaciones que ha contraído en virtud del art. 12 del Pacto”*. Si la limitación de los recursos imposibilita el pleno cumplimiento de estas obligaciones, *“el Estado tendrá que justificar no obstante que se ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones señaladas supra. Cabe señalar sin embargo, que un Estado parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43 supra, que son inderogables”*.

⁵⁵ Para la realización de esta tarea de supervisión, todos los Estados partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan esos derechos. Inicialmente, los Estados deben presentar informes a los dos años de la aceptación del Pacto y luego cada cinco años. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de “observaciones finales”. En el BOE de 25 de febrero de 2013 se ha publicado el Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 10 de diciembre de 2008 que, dando un pequeño paso más hacia la efectividad de los derechos consagrados en este instrumento, prevé la posibilidad de que cualquier ciudadano que alegue ser víctima de una violación del derecho a la salud por parte del Estado español pueda presentar una «comunicación» directamente ante el Comité una vez agotados todos los recursos disponibles ante la Jurisdicción interna y que puede llevar incluso a la petición de que el Estado adopte medidas provisionales para la garantía del derecho afectado. En el plazo de seis meses el Estado tendrá que presentar al Comité por escrito explicaciones indicando, en su caso, las medidas correctivas que haya adoptado. Además de intentar buscar una «solución amigable», el Comité elaborará un dictamen sobre la comunicación, propondrá, en su caso, recomendaciones y hará referencia a ellas en su informe anual.

Es decir, respecto de los inmigrantes sin papeles, podríamos decir que el Estado Español ha incumplido una de las obligaciones básicas e indisponibles previstas por el Pacto como es la relativa a la obligación de garantizar el derecho de acceso a centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados. Las razones económicas no justifican desde el punto de vista del Pacto esta limitación a este concreto colectivo de personal.

En el párrafo 48 de la Observación General prohíbe la adopción de cualesquiera medidas regresivas respecto de la salud. *“Constituye una violación del Pacto la revocación o suspensión formal de la legislación necesaria para el continuo disfrute del derecho a la salud, o la promulgación de legislación o adopción de políticas que sean manifiestamente incompatibles con las preexistentes obligaciones legales o internacionales relativas al derecho a la salud”*. Estas actitudes por parte del Estado se califican como actos de comisión. Entre las violaciones por actos de omisión figuran, según su párrafo 49, *“no adoptar las medidas apropiadas para dar plena efectividad al derecho universal a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental”*.

En todo caso, si analizamos las medidas adoptadas por el Real Decreto Ley 16/2012 que excluyen a los inmigrantes sin papeles, podríamos decir que se ha producido una violación de las obligaciones de cumplir que incumben a los Estados firmantes según lo dispuesto en el párrafo 50 de la Observación General. Dicha violación se produce cuando *“los Estados partes no adoptan todas las medidas necesarias para dar efectividad al derecho a la salud. Cabe citar entre ellas la no adopción o aplicación de una política nacional de salud con miras a garantizar el derecho a la salud de todos; los gastos insuficientes o la asignación inadecuada de recursos públicos que impiden el disfrute del derecho a la salud por los particulares o grupos, en particular las personas vulnerables o marginadas...”*.

Habrà que ver, no obstante, la lectura final que de este marco internacional acaba realizando el Tribunal Constitucional cuando se resuelvan los recursos de inconstitucionalidad que han planteado algunas Comunidades Autónomas frente a este Real Decreto Ley. En todo caso, tanto la Carta como el Pacto podrían ser utilizados como parámetros a la hora de delimitar -al menos en estos aspectos básicos y esenciales- el margen de libertad de que dispone el legislador para la configuración de este derecho.

D) SUPONE, EN FIN, UN DEBILITAMIENTO DE SU VINCULACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y CON LA DIGNIDAD COMO VALOR SUPERIOR DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

La protección de la salud, con independencia de su concreta ubicación en el Texto Constitucional, posee una “*importancia singular*”⁵⁶ en nuestra Constitución en la medida en que está estrechamente relacionada con el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y tiene una vinculación inmediata con la dignidad humana como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico⁵⁷.

Esta especial conexión no llega, claro está, hasta el punto de poder considerar que el derecho a la protección de la salud forme parte de estos derechos fundamentales y, en consecuencia, sea susceptible de interposición de un recurso de amparo. Así lo ha aclarado el Tribunal Constitucional en su Auto 57/2007, de 26 de febrero, al considerar que, aunque existe una indudable conexión entre ambos derechos, “*no cabe invocar en el recurso de amparo la tutela del derecho a la protección de la salud mediante el expediente de introducir su contenido en el ámbito del derecho a la vida y a la integridad física... Como es obvio, no puede aceptarse, sin banalizar el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 15 CE, que todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental a la integridad física*”.

Ahora bien, esta estrecha vinculación sí está evidenciando una especial sensibilidad por parte de nuestros jueces y tribunales para la protección de este derecho frente a los argumentos estrictamente económicos. Ante la duda ha optado recientemente por la interpretación más favorable para el ejercicio de este derecho en el caso de los inmigrantes irregulares.

⁵⁶ Expresión expresamente utilizada por el Tribunal Constitucional en su Auto 239/2012, de 12 de diciembre.

⁵⁷ En el caso de los inmigrantes sin autorización legal de residencia, el legislador ha considerado cubierto este mínimo de “dignidad humana” permitiendo la asistencia sanitaria pública sólo en situaciones de urgencia, para las mujeres embarazadas y para los menores. Con esta asistencia sanitaria mínima queda cubierta la exigencia de “dignidad humana” que exige nuestra Constitución. Algunos autores han calificado este cambio normativo como un auténtico atentado a la dignidad de la persona, como un retroceso social y moralmente condenable, en la medida en que también los derechos sociales tienen su basamento en la dignidad de todo ser humano. BELTRAN AGUIRRE, Juan Luis, “El Real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del sistema nacional de salud. Análisis crítico en relación con los derechos ciudadanos y las competencias autonómicas”, en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 3/2012 (Tribuna).

Así, al menos, se deduce del ATC nº 239/2012, de 12 de diciembre, que ha levantado parcialmente la suspensión del Decreto vasco 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, y de su más reciente Auto 114/2014, de 8 de abril, levantado también la suspensión de la Ley navarra que extendía a los inmigrantes irregulares la asistencia sanitaria pública. Aunque al tratarse de Autos no contienen un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, sí resultan especialmente significativos. En ambos ha considerado que “el derecho a la salud y a la integridad física de estas personas, 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 todavía no ha podido ser concretado”. Ambas normas habían desconocido las limitaciones subjetivas establecidas en el Real Decreto-Ley al permitir también la asistencia pública a los inmigrantes irregulares.

Para decidir sobre la suspensión el Tribunal ha tenido que realizar una ponderación de los perjuicios que causaría el mantenimiento de la suspensión de las normas o su levantamiento para posibilitar dicha asistencia hasta tanto no se resuelva el conflicto competencial. Dicha ponderación exige colocar, de un lado, el interés general configurado por el beneficio económico asociado al ahorro que supondrían las medidas adoptadas por el Estado al redefinir el ámbito de los beneficiarios del sistema público de salud. De otro lado, exige ponderar el interés general de preservar el derecho a la salud consagrado en el art. 43 CE, tanto en su dimensión de salud individual como de salud pública o colectiva⁵⁸. Según el Auto:

«Para que este Tribunal valore los intereses vinculados a la garantía del derecho a la salud, es

⁵⁸ Si se mantiene la suspensión del Decreto vasco se mantendría la limitación del acceso al derecho a la salud para determinados colectivos vulnerables por sus condiciones socioeconómicas y sociosanitarias. Los inmigrantes sin permiso de residencia son, según señala el TC, un colectivo especialmente sensible que vería notablemente afectada su salud si se le impide el acceso a los servicios sanitarios públicos de forma gratuita, lo que repercutiría, no sólo en su estado de salud individual, sino en la prevención de la propagación de determinadas enfermedades infecto contagiosas, afectando directamente a la salud de toda la sociedad. Por el contrario, al valorar el interés vinculado al control del déficit público, y analizarlo respecto de los perjuicios económicos que se podrían asociar al levantamiento de la suspensión, destaca el Tribunal “*que la Abogacía del Estado no concreta esos perjuicios, seguramente porque ello no sea posible, entre otras razones, al poder darse la eventualidad de que se produzca sencillamente una transferencia de gasto desde la atención primaria a la atención de urgencias*”.

preciso acudir a lo dispuesto en el art. 43 CE, en relación con el deber de todos los poderes públicos de garantizar a todos los ciudadanos el derecho a la protección de la salud, cuya tutela les corresponde y ha de ser articulada “a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios” (art. 43.1 y 2 CE)” (STC 126/2008, de 27 de octubre, FJ 6). Si, además del mandato constitucional, se tiene en cuenta, como ya lo ha hecho este Tribunal, 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), resulta evidente que 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».

En este caso la ponderación se ha resuelto a favor del derecho a la protección de la salud dada la importancia de los intereses en juego y por haber apreciado el Tribunal 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”*.

Su vinculación con la dignidad como valor superior del ordenamiento jurídico es innegable. Los niveles mínimos de dignidad del inmigrante irregular se han reducido considerablemente para quedar reducidos únicamente a la atención en situación de urgencias, a la atención a los menores de edad y a las mujeres embarazadas. Según considera el *Dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña 6/2012, de 1 de junio, sobre el Real Decreto Ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y la seguridad de sus prestaciones*, con esta prestación mínima se estaría salvaguardando el derecho fundamental a la vida y a la integridad física de los inmigrantes irregulares, de manera que conectarían con el contenido mínimo que hace reconocible el mandato imperativo que los poderes públicos deben asegurar y prestar (art. 43 CE) en cualquier circunstancia a cualquier persona con el fin de preservar el derecho fundamental a la vida y la integridad física contenido en el artículo 15 CE. No compartimos, sin embargo, esta visión.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Todas estas medidas de ahorro se han traducido en una importante regresión en los derechos sanitarios⁵⁹. Las dos notas básicas y esenciales que hasta ahora han caracterizado al servicio público sanitario, la universalidad y la gratuidad de sus prestaciones, se han visto profundamente desvirtuadas.

El principio de universalidad se ha visto afectado de dos maneras muy diferentes. Por una parte, se ha extendido a nuevos colectivos de personal que, sin ser pensionistas ni estar cotizando a la Seguridad Social, perciben rentas de hasta de cien mil euros. En un momento de grave crisis económica, caracterizado por la imperiosa necesidad de ahorrar, la medida nos parece un exceso del legislador injustificado e inoportuno. Por otra parte, la alteración de esta nota ha supuesto que importantes colectivos de población, que se caracterizan por ser especialmente vulnerables y dignos de protección, hayan sido expulsados del sistema. El nuevo régimen supone un importante ataque a los principios de solidaridad y justicia social en que se basa nuestro modelo de Estado Social, a la vez que crea importantes problemas teóricos y prácticos (salud pública).

Las medidas de carácter cumulativo que afectan a la gratuidad de las prestaciones también tienen importantes consecuencias. El informe de la OCDE -publicado recientemente- señala que la disminución del gasto público en sanidad, además de suponer un aumento de las listas de espera, puede tener efectos para la salud a largo plazo y consecuencias económicas para los más vulnerables, toda vez que hace aumentar el riesgo de que las personas más desfavorecidas y con menos ingresos puedan renunciar a los cuidados sanitarios que necesitan, a sus medicamentos o al seguimiento y control de sus enfermedades crónicas⁶⁰.

En fin, el marco constitucional y los compromisos internacionales asumidos por el Estado español deberían ser interpretados como un claro mandato para el legislador ordinario de optimización, de mejora continua y de progresión del derecho a la protección de la salud, sin que la crisis económica o su especial naturaleza como un derecho social sirvan de excusas para no hacerlo así.

59 Cantero J. Constitución y Derecho a la protección de la salud. ¿Existe algún límite frente a los recortes sanitarios? *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2013; 8; [consultado el 19/03/2014]. Disponible en: <http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco>

60 Health at a Glance 2013: OECD Indicators, publicado por la OCDE en noviembre de 2013; [consultado el 19/01/2014]; disponible en: (<http://www.oecd.org/els/health-systems/Health-at-a-Glance-2013.pdf>)