

COMPETENCIA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE SANIDAD Y ASISTENCIA SANITARIA A LAS PERSONAS MIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR (*)

M^a NIEVES ARRESE IRIONDO

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.– II. LA LEGISLACIÓN ESTATAL LIMITATIVA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES EN EL ÁMBITO SANITARIO.– III. LA RESPUESTA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: 1. Momento inicial. 2. Cambio de postura posterior de algunas Comunidades Autónomas. 3. La situación en la Comunidad Autónoma de Euskadi y en la Comunidad Foral de Navarra.– IV. DESCRIPCIÓN DE LOS TÍTULOS COMPETENCIALES: 1. El art. 149.1.1^o CE. 2. El art. 149.1.2^o CE. 3. El art. 149.1.16^o CE. 4. El art. 149.1.17^o CE.– V. REFLEXIONES FINALES.– VI. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La entrada en vigor del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, ha tenido como efecto la exclusión sanitaria, con carácter general, de las personas extranjeras en situación irregular. Las Comunidades Autónomas han reaccionado de maneras diversas, llegando algunas de ellas a extender su sistema sanitario también a estas personas, aunque con distinta amplitud, mientras que otras se han limitado a dar cumplimiento a la normativa estatal. Esta situación suscita la cuestión relativa a la titularidad de las competencias afectadas por la temática y, en consecuencia, la de su alcance y límites.

Palabras clave: migrantes en situación irregular; sanidad, competencias estatales y autonómicas.

ABSTRACT: *The entry into force of Royal Law-decree 16/2012, of April 20, on urgent measures to guarantee the sustainability of the National Health Service and improve the quality and security of its benefits, has excluded illegal immigrants from third States. The Autonomous Communities have adopted different approaches in the light of the said measure. Some of them have applied their own health services to those people whilst others have merely applied the provisions of Royal Law-decree 16/2012. This diverse situation raises some questions regarding the powers affected by its provisions, its scope and limits.*

Key words: *illegal immigrants, health service; state and autonomous communities' powers.*

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA el 13 de junio de 2016 y evaluado favorablemente para su publicación el 20 de junio de 2016.

I. PLANTEAMIENTO

La aprobación de la Ley Orgánica 4/2000, de Extranjería actualmente en vigor (1), supuso el reconocimiento a favor de las personas extranjeras del derecho a acceder al sistema público de salud en igualdad de condiciones con los españoles. En este sentido, el art. 12, bajo la rúbrica «Derecho a la asistencia sanitaria», establecía:

«1. Los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residen habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

2. Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica.

3. Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

4. Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto».

El único requisito exigido para tener acceso a la atención sanitaria era el empadronamiento en el municipio de residencia habitual. La inscripción en el padrón de un municipio se vincula al hecho de la residencia en dicho término municipal, por lo que no depende de la situación administrativa en la que se encuentren las personas extranjeras (2). Es más, la inscripción en el padrón también constituye para ellas, además de una obligación, un derecho (3). Cuestión diversa es la repercusión que las modificaciones de la regulación del padrón han tenido respecto de quienes hallándose en situación irregular están empadronadas (4), aspecto que no se va a abordar en este trabajo.

(1) Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social.

(2) Art. 15 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL).

(3) El art. 6 LOEx. señala que «[L]os Ayuntamientos incorporarán al padrón a los extranjeros que tengan su domicilio habitual en el municipio y mantendrán actualizada la información relativa a los mismos». Á. SOLANES CORELLA (2004: p. 3).

(4) En particular, la Disposición Adicional Séptima LBRL, en cuya virtud: «Para la exclusiva finalidad del ejercicio de las competencias establecidas en la Ley orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, sobre control y permanencia de extranjeros en España, la Dirección General de la Policía accederá a los datos de inscripción padronal de los extranjeros existentes en los Padrones Municipales, preferentemente por vía telemática. (...)», fue objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional (STC 17/2013, FJ 7) que lo declaró constitucional. Sobre esta materia, I. MARTÍN DELGADO (2014: pp. 101-130).

La primera modificación del art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, operada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, no supuso un cambio sustancial del régimen anterior, ya que, al determinar qué extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria, se limitó a sustituir la exigencia de empadronamiento en el municipio de residencia habitual por el del domicilio habitual (5). Por tanto, la situación administrativa irregular de la persona extranjera no supuso, tras esta modificación, la introducción de impedimento alguno para acceder a la asistencia sanitaria. El empadronamiento siguió constituyendo el único requisito para tener garantizado el derecho de acceso a la sanidad (6). La situación se vio drásticamente afectada como consecuencia de la aprobación del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, que modificó sustancialmente el tenor del art. 12 de la Ley Orgánica de Extranjería, que actualmente se limita a establecer:

«[L]os extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria» (7).

Desde la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 16/2012 (8), ya no es la Ley Orgánica de Extranjería la que delimita las circunstancias y condiciones de acceso al sistema público de salud de las personas extranjeras, a la que se remitía la legislación sanitaria (9), sino que la delimitación corresponde a esta última, y es la legislación de extranjería la que se remite a ella. Conforme a la redacción actual de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (10), la asistencia sanitaria, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantiza única y exclusivamente a las personas que tengan la condición de asegurado o beneficiario.

La respuesta de las Comunidades Autónomas ante este cambio legislativo, que supuso dejar fuera del sistema sanitario público a miles de personas

(5) Art. 12.1 LOEx. Asimismo, respecto de la asistencia de urgencia, se sustituye «por enfermedad grave o accidente» por «ante la contracción de enfermedades graves o accidentes».

(6) M. ARBÉLAEZ RUDAS, Mónica (2011: pp. 721-723).

(7) Redacción del art. 12 LOEx. conforme a la Disposición Adicional 3^a del Real Decreto-Ley 16/2012.

(8) El Tribunal Constitucional ha admitido a trámite los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por seis Comunidades Autónomas contra el Real Decreto-Ley 16/2012: Navarra (<https://goo.gl/WUNjXJ>), Asturias (<https://goo.gl/XLMZu8>), Andalucía (<http://goo.gl/iE1Y6W>), Cataluña (<http://goo.gl/XTtQFb>), Euskadi (<http://goo.gl/Z0qbDw>) y Canarias (<https://goo.gl/9VYuxS>).

(9) Art. 3.1.a) de la redacción originaria de la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

(10) Ley 16/2003, de 28 de mayo.

extranjeras en situación irregular, fue diversa. Algunas siguieron lo establecido en la normativa estatal, excluyéndolas de la asistencia sanitaria pública. Otras, por el contrario, optaron por seguir garantizándoles el acceso a la sanidad, aunque con distintos grados de amplitud. El Ministro de Sanidad anunció en marzo de 2015 que se devolvería la asistencia sanitaria primaria a quienes carecieran de autorización de residencia, pero sin que recuperaran la tarjeta sanitaria (11).

Los cambios producidos en algunos gobiernos autonómicos como consecuencia de las elecciones celebradas en mayo de 2015, han conllevado modificaciones en las regulaciones sobre esta materia. La primera reacción del gobierno central fue la amenaza de recurrir al Tribunal Constitucional por la posible inconstitucionalidad de las medidas autonómicas, al haberse vulnerado presuntamente las competencias establecidas (12). Posteriormente advirtió de las multas millonarias que podía imponer la Unión Europea, así como de la paralización de todos los fondos europeos (13).

A finales de agosto de 2015, el Ministro de Sanidad remitió a las Comunidades Autónomas un borrador de pacto para armonizar en todo el Estado la prestación sanitaria a las personas extranjeras en situación irregular. Entre los requisitos fijados estaban que se llevara empadronado al menos seis meses, carecer de cobertura sanitaria por otra vía y que la unidad familiar no percibiera más de 532 euros al mes. Los datos de quienes accedieran al sistema sanitario se incorporarían a un registro, datos a los que, en palabras del Secretario General del Ministerio de Sanidad, la Comisaría General de Extranjería y Fronteras del Ministerio del Interior «ni puede acceder ni pretende hacerlo» (14). En el Consejo Interterritorial de Salud, celebrado a inicios de septiembre, la postura mayoritaria de las Comunidades Autónomas fue de rechazo a esta propuesta, ya que lo que se reclama con carácter general es la derogación del Real Decreto-Ley 16/2012.

En las siguientes líneas, tras la exposición de los principales aspectos afectados por la modificación normativa, se va a mostrar de manera genérica la forma de proceder de las Comunidades Autónomas frente a la exclusión sanitaria de las personas extranjeras en situación irregular decidida por el gobierno central. A continuación se examinarán los títulos competenciales afectados por la materia, para de esa forma dilucidar si el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas implica que sea uno o las otras

(11) <http://goo.gl/JrpuUz>.

(12) <http://goo.gl/a65lQB>.

(13) <http://goo.gl/aqdw2L>.

(14) <http://goo.gl/o0Mf5m>.

el competente para determinar si se garantiza o no la asistencia sanitaria a las personas extranjeras que carecen de autorización de residencia.

II. LA LEGISLACIÓN ESTATAL LIMITATIVA DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES EN EL ÁMBITO SANITARIO

El Real Decreto-Ley 16/2012 dispone que la asistencia sanitaria, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantiza a las personas que ostenten la condición de asegurado (15). Esta condición se reconoce a (16): 1) quienes sean trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliados a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada; 2) pensionistas del sistema de la Seguridad Social; 3) perceptores de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo, 4) quienes han agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza, se encuentren en situación de desempleo y no acrediten la condición de asegurado por cualquier otro título (17).

Asimismo, se reconoce la condición de asegurado a quienes, quedando fuera de los supuestos enumerados, tengan la nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza, estén inscritos en el Registro Central de Extranjeros y residan en España, así como a personas extranjeras titulares de una autorización de residencia en vigor, siempre que acrediten no tener ni ingresos superiores, en cómputo anual, a 100.000 euros ni cobertura obligatoria de la prestación por otra vía (18).

Por otra parte, también se garantiza el acceso a la sanidad pública a quienes tengan la condición de beneficiarios de un asegurado, siempre que residan en España. Tal condición corresponde al cónyuge o persona con análoga

(15) Art. 1 del Real Decreto-Ley 16/2012. Hasta la reforma, el art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, remitía la titularidad de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria a lo establecido en el art. 12 LOEx.

(16) Arts. 3.2 Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y 2.1.a) 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.

(17) La redacción de este último supuesto es conforme a la disposición final 5^o de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016.

(18) Art. 3.3 Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y art. 2.1.b) Real Decreto 1192/2012. Para la aplicación del límite de ingresos se tendrán en cuenta los ingresos íntegros obtenidos por rendimientos del trabajo, del capital, de actividades económicas y por ganancias patrimoniales, art. 2.3 Real Decreto 1192/2012.

relación de afectividad, el ex cónyuge a cargo del asegurado, así como a los descendientes y personas asimiladas (menores sujetos a tutela o acogimiento legal, hermanas y hermanos) a cargo del asegurado que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65% (19).

Estas previsiones excluyen de la asistencia sanitaria, con carácter general, a las personas extranjeras en situación irregular. Ni siquiera cabría considerar su posible inclusión en el supuesto relativo a quienes han agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza, se encuentren en situación de desempleo y no acrediten la condición de asegurado por cualquier otro título, dado que el Real Decreto que regula la condición de asegurado la ha excluido de manera expresa (20).

Las únicas excepciones que contempla la legislación sanitaria, en virtud de las cuales las personas extranjeras en situación irregular podrán acceder al sistema público de sanidad, son las modalidades de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica y de asistencia al embarazo, parto y postparto. Asimismo, las y los menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles (21).

Fuera de estos supuestos, la irregularidad administrativa implica la denegación del acceso al sistema sanitario con cargo a fondos públicos. Consecuentemente, la percepción sanitaria en estos casos implica la obligación de abonar la prestación recibida mediante la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial (22), que asciende a 60 euros mensuales, si el suscriptor es menor de sesenta y cinco años, y a 157 euros si supera dicha edad (23).

III. LA RESPUESTA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

1. Momento inicial

Las Comunidades Autónomas respondieron de diferente forma a esta nueva situación producida por la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 16/2012.

(19) Art. 3.4 de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y art. 3 Real Decreto 1192/2012.

(20) Art. 2.1.a) 4º Real Decreto 1192/2012.

(21) Art. 3 ter Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Esta previsión deriva de las exigencias de la Ley del Menor. C. APRELL LASAGABASTER (2013: p. 4).

(22) Art. 3.5 Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

(23) Art. 6.1 Real Decreto 576/2013. Las citadas cuotas podrán ser incrementadas por las Comunidades Autónomas cuando se incorporen otras prestaciones asistenciales.

Cataluña (24), Galicia (25), Valencia (26), Canarias (27), Aragón (28), Extremadura (29) y Cantabria (30) aprobaron programas autonómicos de protección de la salud de personas sin recursos económicos que indirectamente conllevaron la prestación sanitaria pública y sin contraprestación a las personas extranjeras en situación irregular, si sus solicitudes de inclusión en los citados programas fueran estimadas. La admisión en tales programas, además de a la falta de recursos, se condiciona a que se lleve empadronado en un municipio de la Comunidad Autónoma un período superior a un año. La vigencia del documento acreditativo de la inclusión suele ser de un año, aunque renovable, lo cual queda supeditado al mantenimiento de los requisitos que dieron lugar a la admisión en el programa.

Andalucía (31) y Asturias (32), por su parte, reconocieron directamente la atención sanitaria de las personas extranjeras en situación irregular sin recursos. La

(24) Instrucción CatSalut 10/2012, de 30 de agosto, de acceso a la asistencia de cobertura pública del CatSalut a los ciudadanos extranjeros empadronados en Cataluña que no tienen la condición de asegurados o beneficiarios del Sistema Nacional de Salud.

(25) Resolución de 31 de agosto de 2012, sobre la prestación de la asistencia sanitaria en Galicia a las personas que no tienen la condición de asegurado o de beneficiario reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, por el Instituto Social de la Marina y Resolución de 21 de septiembre de 2012, de creación del Programa gallego de protección social de la salud pública.

(26) Instrucciones 5/2012, de 8 de octubre, tras sincronización con SNS y sobre el acceso a la asistencia sanitaria en situaciones especiales e Instrucción de 31 de julio de 2013, por la que se informa de la puesta en marcha del programa valenciano de protección de la salud.

(27) Orden de 14 de diciembre de 2012, por la que se acuerda la puesta en marcha de las actuaciones en materia de promoción de la salud, la prevención de la enfermedad y la prestación de asistencia sanitaria, dirigidas a personas extranjeras no autorizadas ni registradas como residentes en territorio español, que carecen de recursos económicos suficientes, modificada por Orden de 16 de agosto de 2013, tras la que pasó a denominarse Orden por la que se acuerda la puesta en marcha de las actuaciones en materia de promoción de la salud, la prevención de la enfermedad y la prestación de asistencia sanitaria para personas extranjeras sin recursos.

(28) Instrucción de 30 de abril de 2013, por la que se crea el Programa Aragonés de Protección Social de la Salud Pública.

(29) Instrucción conjunta n^o 1 de 15 de julio de 2013 de la Dirección Gerencia del SES y de la Dirección General de Planificación, Calidad y Consumo de la Consejería de Salud y Política Social, sobre creación y aplicación del programa de atención sanitaria de seguimiento en la Comunidad Autónoma de Extremadura (PASCAEX).

(30) Orden SAN/20/2013, de 25 de noviembre, por la que se crea el Programa Cántabro de Protección Social de la Salud Pública y se regula el procedimiento de acceso al mismo.

(31) Instrucciones de 6 de junio de 2013, de la Dirección General de Asistencia Sanitaria y Resultados en Salud del Servicio Andaluz de Salud sobre el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria en centros del Sistema Sanitario Público de Andalucía a personas extranjeras en situación irregular y sin recursos

(32) Instrucciones de 30 de agosto de 2012, para el Servicio de Salud del Principado de Asturias sobre la autorización de asistencia sanitaria, con carácter provisional, a las personas extranjeras en situación irregular sin recursos.

diferencia con respecto al grupo de Comunidades Autónomas anteriormente citado es que el acceso a la prestación sanitaria no depende de la aceptación o no en un programa determinado, sino que se tramita directamente en el centro de salud.

Las demás Comunidades Autónomas (más adelante se mencionarán los casos de la Comunidad Autónoma de Euskadi y de la Comunidad Foral de Navarra) han optado por excluir, con carácter general, a las personas extranjeras en situación irregular de la prestación sanitaria con cargo a fondos públicos (33).

2. Cambio de postura posterior de algunas Comunidades Autónomas

Las elecciones autonómicas celebradas en mayo de 2015 supusieron el cambio de gobierno en varias Comunidades Autónomas. Esta situación ha traído como consecuencia que algunas de ellas hayan aprobado nuevas regulaciones en orden a garantizar a las personas extranjeras en situación irregular la asistencia sanitaria pública y sin contraprestación. Es el caso de Baleares (34), Valencia (35), Aragón (36) y Cantabria (37). Similar es la nueva situación en Murcia (38), Madrid (39) y Canarias (40), aun cuando no haya

(33) No obstante, en algunas de ellas se garantiza el acceso en determinados supuestos. Sobre este particular, véase MÉDICOS DEL MUNDO (2014: p. 13).

(34) Instrucción del director general del Servicio de Salud de 17 de julio de 2015 por la que se establece, con carácter de urgencia, los trámites que se han de llevar a cabo con el objeto de garantizar el derecho al acceso a la asistencia sanitaria de las personas extranjeras sin recursos económicos suficientes, en el ámbito de gestión del Servicio de Salud de las Islas Baleares.

(35) Decreto Ley 3/2015, de 24 de julio, por el que regula el acceso universal a la atención sanitaria (convalidado 9 de septiembre). El Tribunal Constitucional admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el gobierno central contra esta norma, lo cual supuso su suspensión automática, que ha sido levantada por el Auto del Tribunal Constitucional de 1 de marzo de 2016.

(36) Instrucción de 7 de agosto de 2015, por la que se regula el acceso a la asistencia sanitaria en Aragón para las personas extranjeras sin recursos económicos suficientes ni cobertura de asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud.

(37) Orden SAN/38/2015, de 7 de agosto, por la que se regula la inclusión en el Sistema Sanitario Público de Cantabria de las personas residentes en la Comunidad Autónoma que no tengan acceso a un sistema de protección sanitaria pública.

(38) Instrucción 6/2015, del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, por la que se crea un programa de protección social para la prevención, promoción y atención a la salud de la población extranjera en situación administrativa irregular, residente en la Región de Murcia y con recursos insuficientes.

(39) En el caso de la Comunidad de Madrid, se ha ordenado a los centros sanitarios por medio de una circular interna de 21 de agosto de 2015 que se preste todo tipo de asistencia sanitaria a todas las personas inmigrantes «con o sin documentación» (<http://goo.gl/IUIBxI>).

(40) Orden de 10 de diciembre de 2015, por la que se modifican las actuaciones en materia de promoción de la salud, prevención de la enfermedad y la prestación de asistencia sanitaria, para personas extranjeras sin recursos.

habido cambio gubernamental tras las elecciones autonómicas. Los requisitos que se exigen son carecer de autorización de residencia, el empadronamiento mínimo de tres meses en algún municipio de la Comunidad Autónoma (41), no tener derecho a la asistencia sanitaria por otras vías y carecer de recursos económicos. Con ello, la situación de las personas extranjeras en estas Comunidades Autónomas se equipara a la de Asturias y Andalucía.

Cataluña, Comunidad Autónoma en la que por no haberse celebrado elecciones autonómicas en mayo no ha tenido cambio gubernamental, también modificó los requisitos de acceso a la asistencia sanitaria de las personas extranjeras en situación irregular. La nueva regulación se asemeja a las citadas en el párrafo anterior, por lo que la recepción de asistencia sanitaria pública se vincula a la carencia de recursos económicos (42).

Las Comunidades Autónomas de Castilla-La Mancha y Extremadura han anunciado su voluntad de aprobar los instrumentos normativos necesarios para garantizar la asistencia sanitaria a las personas extranjeras sin autorización de residencia ni recursos económicos. La postura de la Comunidad Autónoma de La Rioja se inclina por la elaboración de una normativa única estatal reguladora del procedimiento de asistencia sanitaria (43), mientras que Castilla y León afirma que ningún inmigrante en situación irregular que lo haya requerido ha quedado sin asistencia sanitaria (44), y se muestra a favor de la armonización de la materia en todo el Estado (45).

3. La situación en la Comunidad Autónoma de Euskadi y en la Comunidad Foral de Navarra

La Comunidad Autónoma de Euskadi, amparándose en las competencias que en virtud de su Estatuto de Autonomía le corresponden en materia sanitaria (46), aprobó un Decreto por el que se regula, entre otras cuestiones, el acceso a las prestaciones sanitarias contenidas en la cartera de servicios del Sistema Vasco de Salud a aquellas personas excluidas del ámbito de aplicación de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos por no tener la condición de

(41) En el caso balear no se exige residencia mínima alguna.

(42) Instrucción CatSalut 08/2015, de 22 de julio, de acceso a la asistencia sanitaria de cobertura pública del CatSalut a los ciudadanos extranjeros empadronados en Cataluña que no tienen la condición de asegurados o beneficiarios del Sistema Nacional de Salud. Como en el caso balear, aun exigiéndose el empadronamiento en algún municipio del territorio catalán, no se requiere una residencia mínima.

(43) <http://goo.gl/R79dsX>.

(44) <http://goo.gl/Xlk3wD>.

(45) <http://goo.gl/e9FQUZ>.

(46) Art. 18 EAPV.

asegurados ni de beneficiarios (47). En su virtud, se garantiza la recepción de las prestaciones de la cartera de servicios del Sistema Vasco de Salud a las personas que cumplan simultáneamente los siguientes requisitos: a) estar empadronadas en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma en el que tengan su domicilio habitual, por un período continuado de, al menos, un año inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud de reconocimiento de la asistencia sanitaria; b) ser persona perceptora de prestaciones económicas integradas en el Sistema Vasco de Garantía de Ingresos e Inclusión o tener ingresos inferiores a la cuantía correspondiente a la renta básica para la inclusión y protección social; c) no tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título. Asimismo, se garantiza la recepción de esas mismas prestaciones a las personas que dispusieran de tarjeta individual sanitaria emitida con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 16/2012.

El gobierno central planteó un conflicto de competencias contra varios preceptos de esta norma (48), lo cual produjo la suspensión automática de su aplicación. Sin embargo, dentro del plazo de cinco meses que la Constitución le otorga para que se ratifique o levante la citada suspensión (49), el Tribunal Constitucional dictó un Auto (50) por el que decidió levantar la suspensión en relación con algunos de los preceptos impugnados y mantenerla respecto de otros (51). Los argumentos esgrimidos para el levantamiento de la suspensión son varios. En primer lugar, se considera que el ejercicio de la competencia autonómica no impide o bloquea el ejercicio de la competencia estatal, ya que la norma autonómica amplía las previsiones básicas estatales. También se descarta el argumento gubernamental según el cual el levantamiento de la suspensión supondría una quiebra de la seguridad jurídica. El motivo es que no se produce tal quiebra, ya que si se mantiene la suspensión se aplicará la normativa básica, mientras que si se levanta, la normativa aplicable será la autonómica. Por último, el argumento de fondo para levantar la suspensión de los preceptos que ahora interesan es la ponderación llevada a cabo entre los perjuicios económicos derivados del levantamiento de la suspensión (que

(47) Decreto 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, desarrollado por Orden de 4 de julio de 2013, del Consejero de Salud, por la que se establece el procedimiento para el reconocimiento de la asistencia sanitaria en la Comunidad Autónoma de Euskadi a las personas que no tienen la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud, y se regula el documento identificativo y el procedimiento para su emisión.

(48) Artículos 1, 2.2, 2.3, 3, 4, 5, 6.1, 6.2, 7.2, 7.3, 8.1, 8.2 y disposición final primera.

(49) Art. 161.2 CE.

(50) ATC 239/2012, de 12 de diciembre.

(51) La suspensión sigue vigente respecto de los párrafos impugnados del art. 8.

no se cuantifican) y los perjuicios en materia de salud pública y de salud individual que se derivarían del mantenimiento de la suspensión. Partiendo de la relación del art. 43 CE con el art. 15 CE, el Tribunal subraya que se está ante intereses generales y públicos que, por su vinculación a la promoción y garantía del derecho a la salud, se asocian a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles. De ahí que la limitación del acceso a la sanidad a las personas extranjeras en situación irregular, atendiendo a sus condiciones socioeconómicas y sanitarias, además de afectar a su salud individual, también podría repercutir negativamente en la prevención de la propagación de enfermedades infecto-contagiosas y, consecuentemente, en la salud de toda la población (52).

La Comunidad Foral de Navarra, por su parte, también en desarrollo de sus competencias sobre la materia (53), modificó primeramente la norma en vigor en su territorio que establecía el procedimiento y las condiciones para el acceso a las prestaciones del régimen de universalización de la asistencia sanitaria pública (54). Según sus previsiones, podían acogerse a la citada normativa los ciudadanos que acreditasen su residencia habitual en un municipio de Navarra con una antigüedad mínima de un año, inmediatamente anterior a la presentación de la solicitud, y que no tuvieran la condición de asegurado o beneficiario del Sistema Nacional de Salud. Posteriormente, se aprobó la Ley Foral por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del Sistema Público Sanitario de Navarra (55). El artículo único de esta Ley dispone lo siguiente:

«1. Todas las personas con residencia en Navarra tienen derecho de forma gratuita a la asistencia sanitaria primaria o especializada, prestada por el sistema sanitario público de la Comunidad Foral de Navarra, con cargo a los Presupuestos Generales de Navarra, cualquiera que sea su edad, nacionalidad o situación legal o administrativa.

2. A efectos de lo dispuesto en el número anterior, se entiende por «residencia» el hecho de acreditar, por cualquier medio admitido en Derecho, incluido el empadronamiento, que el domicilio de la persona está en un municipio de Navarra, sin atención a tiempo alguno.

3. Aportada la documentación que acredite la residencia, la Administración sanitaria expedirá, gratuitamente y sin más dilación, a las personas a que se refiere el número 1 y que no dispongan de la Tarjeta Sanitaria Individual del Sistema Nacional de Salud, un documento de identificación de acceso al régimen de universalización de la asistencia sanitaria pública en Navarra.

(52) Á. SOLANES CORELLA (2015: pp. 342-343).

(53) Art. 53 LORAFNA.

(54) Decreto Foral 117/2012, de 31 de octubre.

(55) Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero.

4. La asistencia sanitaria que preste el sistema sanitario público de la Comunidad Foral a las personas a que se refiere el número 1 será la misma que la que presta a los poseedores de la Tarjeta Sanitaria Individual del Sistema Nacional de Salud, sin que la Administración sanitaria navarra pueda introducir discriminación alguna.

5. Lo dispuesto en los apartados anteriores no modifica el régimen de asistencia sanitaria de personas titulares o beneficiarias de los regímenes especiales de la Seguridad Social gestionados por las mutualidades de Funcionarios Civiles del Estado, Mutualidad General Judicial o Instituto Social de las Fuerzas Armadas, que mantendrán su régimen jurídico específico conforme al artículo 3.6 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.»

Esta norma es la que de una manera más completa garantiza el derecho a la asistencia sanitaria de las personas extranjeras en situación irregular. En primer lugar, porque aun exigiendo la residencia en la Comunidad Foral, la constatación de dicho hecho no se limita al empadronamiento en un municipio navarro, pudiendo acreditarse por cualquier otro medio admitido en Derecho (56). En segundo lugar, además, el acceso a la asistencia sanitaria no queda condicionado a un período mínimo de residencia. Por último, se hace expresa referencia a las personas extranjeras en situación irregular, al indicar que la prestación sanitaria procederá «cualquiera que sea su (...) situación legal o administrativa».

La Ley navarra fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el gobierno central, que también en este caso tuvo como efecto la suspensión de su aplicación. El Auto del Tribunal Constitucional relativo al mantenimiento o levantamiento de la suspensión se decantó por este último (57). Los motivos esgrimidos por el gobierno central en orden al mantenimiento de la suspensión giraron en torno a tres ejes: 1) el incremento de gasto sustancial, contrario a la sostenibilidad del sistema nacional de salud; 2) la puesta en peligro del cumplimiento de las obligaciones de España con la Unión Europea como consecuencia del incremento del gasto público derivado de la ampliación de la cobertura sanitaria; 3) que el mantenimiento de la suspensión no comporta negar la protección de la salud de las personas extranjeras en situación irregular.

Respecto del primer argumento, el gobierno central cuantifica el incremento del gasto derivado del levantamiento de la suspensión multiplicando el número de personas extranjeras en situación irregular con tarjeta sanitaria del servicio navarro de salud y el coste per cápita de la asistencia sanitaria en Navarra. Sin embargo, el Tribunal Constitucional indica que no se espe-

(56) Lo cual denota que el concepto de residencia empleado no se corresponde con el de la Ley Orgánica de Extranjería. Á. SOLANES CORELLA (2015: pp. 343-344).

(57) ATC 114/2014, de 8 de abril.

cifica si en dicho coste se ha incluido la asistencia sanitaria de las personas extranjeras en situación irregular que sí tienen derecho a la asistencia sanitaria conforme al Real Decreto-Ley 16/2012, ni el gasto que se puede ocasionar si la atención sanitaria se recibe por vía de urgencias. Por ello, remitiéndose a la argumentación expuesta en el ATC 239/2012, concluye que en la ponderación entre los perjuicios derivados del levantamiento y los del mantenimiento de la suspensión prevalecen el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, los cuales no pueden ser desvirtuados por un eventual ahorro económico.

El Tribunal Constitucional también rechaza el segundo de los motivos del Abogado del Estado, al considerar que la exposición realizada de los perjuicios derivados del levantamiento de la suspensión es una cuestión vinculada a la pretensión de fondo. Respecto del tercer motivo, subraya que los datos aportados sobre la falta de incidencia negativa relevante en la salud de la población y las diferentes maneras en las que se puede otorgar asistencia sanitaria a las personas extranjeras en situación irregular, si se mantiene la suspensión, no desvirtúan la ponderación realizada en la ATC 239/2012, de plena aplicabilidad también a este caso.

Como consecuencia de los dos Autos del Tribunal Constitucional, siguen aplicándose en la Comunidad Autónoma de Euskadi y en la Foral de Navarra el Decreto 114/2012 y la Ley Foral 8/2013, respectivamente, en cuya virtud también las personas extranjeras en situación irregular tienen derecho a la asistencia sanitaria universal. No obstante, queda por resolver el fondo del asunto del conflicto de competencias y del recurso de inconstitucionalidad interpuestos contra cada una de las normas citadas.

IV. DESCRIPCIÓN DE LOS TÍTULOS COMPETENCIALES

La posible inconstitucionalidad del Real Decreto-Ley 16/2012 puede provenir de varias fuentes. En primer lugar, por el tipo de norma de que se trata (58), cabría cuestionarse la concurrencia de extraordinaria y urgente necesidad justificativa de la conveniencia de regular la materia sanitaria mediante una norma como el decreto-ley (59). Por otra parte, la admisibilidad de este

(58) Establece el art. 86.1 CE: «En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al Derecho electoral general».

(59) L. E. DELGADO DEL RINCÓN (2014: pp. 202-206).

tipo de norma también es cuestionable en la medida en que la protección de la salud está incluida en el Título I CE, que por dicho motivo no puede ser objeto de regulación por medio de decreto-ley, especialmente por su vínculo con el derecho a la vida y a la protección física (60). Una tercera cuestión que cabría considerar es la relativa al retroceso que supone la aprobación del Real Decreto-Ley 16/2012. La Constitución incluye el derecho a la protección de la salud entre los principios rectores de la política social y económica. El propio texto constitucional señala que tales principios «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (...)» (61). A la vista de ello y, teniendo en cuenta el nivel que legislativamente había alcanzado la protección de la salud, habría que reflexionar sobre la restricción que se ha llevado a cabo en el reconocimiento de este derecho (62).

A pesar de las numerosas cuestiones que pueden suscitar dudas sobre la constitucionalidad del Real Decreto-Ley 16/2012, el objeto de este trabajo se va a limitar al examen de los títulos competenciales afectados.

La situación descrita en los epígrafes precedentes, en los que se ha expuesto cuál ha sido la respuesta de las Comunidades Autónomas frente a la imposición del gobierno central de la exclusión sanitaria de las personas extranjeras en situación irregular, requiere la determinación de la instancia competente en esta materia. Para ello, se van a analizar a continuación los títulos competenciales afectados, y que han sido anunciadas como justificativas de la competencia estatal y excluyente a su vez de la competencia autonómica.

1. El art. 149.1.1° CE

Según el art. 149.1.1° CE, es competencia exclusiva del Estado «[L]a regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales».

El Tribunal Constitucional interpretó la amplitud y límites propios de este precepto realizando, en primer lugar, una delimitación negativa y positiva de la competencia del art. 149.1.1° CE. Por lo que a la delimitación negativa se refiere, señala que este precepto no se puede identificar con el contenido que se deriva de otros preceptos «tales como el art. 138.2 y 139.1, que son

(60) V. AGUADO I CUDOLÀ y R. PRADO PÉREZ (2014: pp. 90-94).

(61) Art. 53.3 CE.

(62) J. PONCE SOLÉ (2013); L. E. DELGADO DEL RINCÓN, (2014: pp. 206-212). Si se ha de entender que ha de garantizarse un contenido esencial indisponible por el legislador a los derechos socioeconómicos contenidos en el Capítulo III del Título I CE, ese contenido esencial sería el límite de la irreversibilidad, J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR (2008: pp. 378-381).

presupuestos o límites, pero no títulos competenciales; o el art. 139.2, en cuanto expresión de la unidad de mercado y del derecho a la libre circulación». Tampoco es trasunto del art. 14 CE. Concluye que el art. 149.1.1^o no supone «una prohibición para el legislador autonómico de un trato divergente y desproporcionado respecto de la legislación estatal» (63). En segundo lugar, el Tribunal Constitucional remarca la diferencia entre «condiciones básicas» y «legislación básica», «bases» o «normas básicas». En este sentido, incide en que no compete al Estado «la fijación de las bases sobre los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento —eso sí, entero— de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad» (64). Es decir, la función del Estado se ha de limitar a establecer la concreta condición básica que garantizará la igualdad en el disfrute de un derecho (65), pero sin que pueda aprobar una normativa completa y acabada del derecho o deber en concreto. Consecuentemente, las Comunidades Autónomas que tengan atribuidas competencias sobre la materia podrán aprobar sus propias normas sobre el régimen jurídico del derecho en cuestión, pero no siguiendo la lógica «bases estatales – legislación autonómica de desarrollo», ya que las condiciones básicas que tienen por objeto la igualdad no son susceptibles de desarrollo, a diferencia de la legislación básica, bases o normas básicas. Por último, se indica que las condiciones básicas tampoco se identifican con el contenido esencial de los derechos mencionados en el art. 53.1 CE, en la medida en que este último constituye, como garantía constitucional a favor del individuo, un límite para el legislador, estatal o autonómico.

Por lo que a la delimitación positiva se refiere, el Tribunal Constitucional señala que la materia a la que se refiere el art. 149.1.1^o CE son los derechos constitucionales y los deberes básicos en sí mismos considerados (66), y no los sectores materiales en los que se insertan. En caso contrario, el art. 149.1.1^o operaría como un título horizontal que se podría introducir en cualquier materia que pudiera reconducirse hacia un derecho o deber constitucional. Este «temor» por la posible expansión del alcance del precepto se atenúa con la acotación de que se trata de un título competencial autónomo, positivo o habilitante, que se construye al ámbito normativo, es decir, que permite al Estado una regulación, «aunque limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico», ya que la igualdad representa el «elemento teleológico o finalista del título competencial que aquí se considera, el único que justifica y ampara el ejercicio de la competencia

(63) STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7.a).

(64) STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7.a).

(65) I. LASAGABASTER HERRARTE (2007: p. 145).

(66) Entre los que se han de incluir los del Capítulo III del Título I CE. J. PEMÁN GAVÍN (2008: p. 2268).

estatal» (67). Pero la igualdad no significa identidad de derechos en todo el territorio estatal (68).

A continuación, el Tribunal Constitucional trata de definir el concepto «condiciones básicas», para lo cual utiliza términos de difícil concreción, tales como las posiciones jurídicas fundamentales, las imprescindibles o necesarias para garantizar la igualdad, si bien concluye que no cabe entender incluido en el concepto cualquier condición material, ya que ello desembocaría en un solapamiento con otras competencias, y en el peor de los casos, en una invasión de las competencias autonómicas (69). Por tanto, aun admitiendo el carácter de título autónomo para la asunción de competencias, el art. 149.1.1.º CE no puede interpretarse como un título por el cual el Estado pueda adoptar políticas transversales que afecten a cualquier competencia autonómica (70).

Lo expuesto en líneas precedentes pone de manifiesto la insuficiente concreción del alcance de la competencia reconocida en el art. 149.1.1.º CE. Si bien se expone el «riesgo» de expansión del precepto, los intentos por minimizarlo se reconducen única y exclusivamente a la «garantía de la igualdad», lo cual, por la dificultad de su delimitación, no realiza una especificación suficiente de su alcance. Por otra parte, tampoco queda suficientemente determinado el significado del concepto «condiciones básicas», ya que las comparaciones realizadas para diferenciarlo de otros términos que pudieran causar confusión (legislación básica, bases, normas básicas), no ayuda a su delimitación (71). En cualquier caso, así como la legislación básica, bases o normas básicas admiten su desarrollo, las condiciones básicas no tienen esa función. Sin embargo no habría impedimento para que las Comunidades Autónomas competentes dictaran sus propias regulaciones mejorando y completando esas condiciones básicas, lo cual haría admisible las diferentes regulaciones autonómicas (72).

Esta sentencia del Tribunal Constitucional vinculada al contenido del Real Decreto-Ley 16/2012, suscita una serie de reflexiones que se exponen a conti-

(67) STC 61/1997, FJ 7.b). El Tribunal Constitucional aboga por la determinación del alcance exacto de una competencia, así como de la competencia prevalente, que puede ser la estatal o la autonómica. La concepción finalista no puede llevar al vaciamiento de los criterios que se utilizan para definir cada materia, por lo que la determinación finalista de las competencias está siendo cada vez más contestada tanto por la doctrina como en el Derecho comparado. Sobre este tema y comentando esta sentencia, véase I. LASAGABASTER HERRARTE (1999: pp. 43-76).

(68) G. FERNÁNDEZ FARRERES (2005: pp. 419-425).

(69) STC 61/1997, FJ 7.b).

(70) I. LASAGABASTER HERRARTE (2007: p. 139).

(71) I. LASAGABASTER HERRARTE (1998: pp. 308-311).

(72) I. AGIRREAZKUENAGA (2007: p. 94); J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR (2008: pp. 382-388).

nuación. En primer lugar se ha de indicar que, aunque la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 16/2012 justifique en reiteradas ocasiones la necesidad de la norma en orden a garantizar la igualdad de toda la ciudadanía, entre los títulos competenciales citados al amparo de los cuales es dictada no se menciona el art. 149.1.1^o CE (73). En cualquier caso, conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional, podría argüirse que el Estado es competente para dictar una norma de las características de la que se analiza, en la medida en que su objeto es un derecho constitucional, el derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 43.1 CE (delimitación positiva del contenido del art. 149.1.1^o CE). Ahora bien, aun admitiendo esta premisa que habilitaría al Estado para dictar una norma que estableciera las «condiciones básicas» que garantizaran la igualdad de la ciudadanía en el ejercicio del derecho a la protección de la salud, queda por determinar el alcance de las citadas condiciones. El propio Tribunal Constitucional ha completado su doctrina al respecto señalando que el propósito del art. 149.1.1^o CE no es otro que «la exigencia de una cierta homogeneidad social, especialmente exigible cuando se trate de derechos fundamentales» y que tales condiciones básicas se refieren tanto a condiciones estrictamente jurídicas como a condiciones fácticas previas a su ejercicio (74). El establecimiento de las condiciones básicas remitiría a la idea de regulación de aspectos puntuales (75).

Ahora bien, la posible homogeneización exigida para garantizar la igualdad de la ciudadanía no equivale a la uniformidad de las condiciones de acceso al sistema sanitario. Volviendo a la STC 61/1997, en ella se indica que el Estado no está habilitado, al amparo del art. 149.1.1^o CE, a aprobar una normativa completa y acabada del derecho para cuyo ejercicio se pretende la igualdad, de manera que si una Comunidad Autónoma tiene competencias en materia sanitaria, ésta podrá determinar el régimen jurídico del derecho mediante sus propias normas. Cuestión diferente es que el título competencial que se invoque para la aprobación de la norma sea otro (en este caso, el art. 149.1.16^o CE, que reserva al Estado la competencia exclusiva sobre las bases y coordinación general de la sanidad y que se analizará más adelante), en cuyo caso la competencia del art. 149.1.1^o CE quedaría absorbida por aquélla, por ser más específica (76).

Limitando el análisis a la amplitud del art. 149.1.1^o CE, el establecimiento por parte del Real Decreto-Ley 16/2012 de las condiciones básicas subjetivas y objetivas que determinan, las primeras, los sujetos con derecho de

(73) Disposición final primera Real Decreto-Ley 16/2012.

(74) STC 188/2001, de 20 de septiembre, FJ 5.b).

(75) E. AJA (1992: p. 44).

(76) STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 3.

acceso al sistema sanitario público y, las segundas, la cartera de prestaciones cubierta por la sanidad pública, no ha de agotar la regulación de la materia. La garantía de la igualdad se alcanzaría mediante una regulación uniforme mínima de vigencia en todo el territorio estatal (77). No obstante, siguiendo la jurisprudencia constitucional, las citadas previsiones mínimas podrían ser completadas y mejoradas por la legislación de las Comunidades Autónomas con competencias sobre la materia. Esta mejora sería predicable tanto respecto de las condiciones subjetivas como de las objetivas. Que las condiciones básicas no sean susceptibles de desarrollo normativo, como sí ocurre con nociones tales como «legislación básica», «bases» o «normas básicas» no debe llevar al equívoco de entender que se está ante una regulación completa y definitiva. Las condiciones básicas, tal y como se ha señalado, pretenden la garantía de la igualdad que se obtiene mediante una regulación de mínimos que puede ser mejorada, por lo que no es admisible que la norma estatal agote la regulación de una materia en virtud del art. 149.1.1° CE, ni que su contenido sea interpretado de esta manera.

2. El art. 149.1.2° CE

El art. 149.1.2° CE configura la nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo como materias sobre las que el Estado tiene competencia exclusiva. El tenor de este precepto no implica que toda cuestión que tenga un punto de conexión con alguna de las citadas materias pase a ser automáticamente de competencia estatal, porque si así se hiciera se eliminarían muchas competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas por otros títulos competenciales (78). Así lo indicó el propio Tribunal Constitucional. La alusión a la inmigración no tiene porqué corresponderse siempre con la materia constitucional citada en el art. 149.1.2° CE que, aunque no lo especifique el Alto Tribunal, se limitaría a la distinción entre nacional y extranjero, así como al control de fronteras, entrada y residencia de personas extranjeras (79), es decir, a todo aquello en lo que se concreta el principio de soberanía de los Estados (80). En lo demás, en la medida en que pueda referirse a cuestiones relacionadas con otras materias sobre las que dispongan de competencias las Comunidades Autónomas, el título competencial debería ser otro (81). De esa

(77) STC 98/2004, de 25 de mayo, FJ 7.

(78) J. A. MONTILLA MARTOS (2007: pp. 10-16).

(79) M. APARICIO WILHELM, D. MOYA MALAPEIRA y V. AGUADO I CUDOLÀ (2010: pp. 356 y 370).

(80) S. RIPOL CARULLA (2008: p. 2276).

(81) La referencia en la sentencia al carácter de «competencia preferente entre las que concurren a la regulación del régimen jurídico de los extranjeros» del art. 149.1.2° CE respecto

manera, la competencia estatal del art. 149.1.2^o CE no es un título horizontal de alcance ilimitado que enerve los títulos competenciales autonómicos de carácter sectorial con incidencia en la población migrante, como pueden ser la educación, asistencia social, sanidad, etc. (82).

La doctrina ya ha señalado, al hilo de la jurisprudencia constitucional, que a pesar del estricto contenido del art. 149.1.2^o CE, lo que se demuestra por la nula conflictividad competencial a la que ha dado lugar, no cabe entender que la inmigración sea un ámbito en el que no pueden intervenir otras Administraciones, desde luego las Comunidades Autónomas, pero también los entes locales (83). Las acciones que las Comunidades Autónomas pueden llevar a cabo en este campo en muy diferentes ámbitos, como la educación, la cultura, la sanidad, la asistencia social, etc., ponen en evidencia que el precepto que se comenta en este apartado no puede eliminar estas competencias (84). Lo expuesto deja claro que para determinar la titularidad de la competencia sobre la determinación del acceso a la sanidad de las personas extranjeras en situación irregular resulta necesario el análisis de otros títulos competenciales referidos a ámbitos sectoriales y constatar en su virtud a quién corresponde la competencia sobre la materia concreta.

3. El art. 149.1.16^o CE

La sanidad exterior, las bases y coordinación general de la sanidad y la legislación sobre productos farmacéuticos son de competencia exclusiva del Estado conforme al art. 149.1.16^o CE. El análisis de este precepto se va a limitar a la materia «bases y coordinación de la sanidad», por tratarse del título competencial que afecta al acceso a la sanidad pública de las personas extranjeras en situación irregular.

La determinación del alcance de lo básico se definió inicialmente como un concepto material. Conforme a él, con independencia de que la norma lo diga expresamente, el carácter básico de una regulación se deduce racionalmente de la legislación vigente (85). Ante la inseguridad jurídica a la que da lugar esta manera de entender las bases, la idea de lo básico pasó a ser también

de las competencias sectoriales autonómicas se ha interpretado como una posibilidad para la aplicación indiscriminada del precepto que podría llegar a desdibujar las competencias autonómicas. M. APARICIO WILHELM, D. MOYA MALAPEIRA y V. AGUADO I CUDOLÀ (2010: pp. 370-371).

(82) STC 31/2010, de 16 de julio, FJ 83. M. APARICIO WILHELM, D. MOYA MALAPEIRA y V. AGUADO I CUDOLÀ (2010: p. 367).

(83) V. AGUADO I CUDOLÀ (2002: pp. 58-88); F. VELASCO CABALLERO (2010: pp. 65-120); M. APARICIO WILHELM, D. MOYA MALAPEIRA y V. AGUADO I CUDOLÀ (2010: pp. 358-359).

(84) M. C. VIDAL PUEYO (2007: pp. 59-79); S. RIPOL CARULLA (2008: p. 2276).

(85) STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 6 y STC 24/1984, de 23 de febrero, FJ 8.

una idea formal (86). En su virtud, para que un precepto sea básico debe estar así establecido en una norma con rango de ley o, al menos, «venir dotada de una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin dificultad, su vocación o pretensión básica» (87). No obstante, «la definición de lo básico por el legislador estatal no supone que deba aceptarse que, en realidad, la norma tiene ese carácter, pues, en caso de ser impugnada, corresponde a este Tribunal, como intérprete supremo de la Constitución, revisar la calificación hecha por el legislador y decidir, en última instancia, si es materialmente básica por garantizar en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir del cual cada Comunidad Autónoma, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto» (88).

El concepto material de bases remite a la idea de «principios normativos generales que informan u ordenan una determinada materia, constituyendo, en definitiva, el marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional. Lo básico es, de esta forma, lo esencial, lo nuclear, o lo imprescindible de una materia, en aras de una unidad mínima de posiciones jurídicas que delimita lo que es competencia estatal y determina, al tiempo, el punto de partida y el límite a partir del cual puede ejercer la Comunidad Autónoma, en defensa del propio interés general, la competencia asumida en su Estatuto» (89). Las bases así entendidas se caracterizan por contener una regulación de mínimos con vigencia en todo el territorio estatal. No obstante, «el Estado no puede, en el ejercicio de una competencia básica, agotar la regulación de la materia, sino que debe dejar un margen normativo propio a la Comunidad Autónoma (...). Por tanto, ni la fijación de las bases ni la coordinación general a la que también se refiere la regla 16 del art. 149.1 CE (...) deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias que las Comunidades Autónomas hayan asumido en la materia» (90).

De lo expuesto se deduce que entra dentro de las funciones de la legislación básica estatal garantizar una uniformidad igualitaria mínima en todo el territorio estatal respecto de una materia. Una vez aprobada, aquellas Comunidades Autónomas que en virtud de sus Estatutos de Autonomía hayan asumido competencias sustantivas respecto de la citada materia podrán mejorar

(86) STC 182/1988, de 13 de octubre, FJ 5.

(87) STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 4. G. FERNÁNDEZ FARRERES (2005: pp. 273-282).

(88) STC 69/1988, de 19 de abril, FJ 5. B. SUÁREZ CORUJO (2006: pp. 136-154).

(89) STC 98/2004, de 25 de mayo, FJ 6 y STC 22/2012, de 16 de febrero, FJ 3. G. FERNÁNDEZ FARRERES (2005: pp. 251-258).

(90) STC 98/2004, FJ 7.

los mínimos garantizados por el Estado, que constituyen un límite infranqueable (91). Lo que se ha de destacar con respecto a la relación legislación básica estatal – normativa de desarrollo autonómica es que lo señalado como base, en aras a garantizar una uniformidad igualitaria mínima en todo el Estado, es susceptible de mejora por parte de las Comunidades Autónomas (92). En otro caso, es decir, si al amparo de la legislación básica el Estado regulara una materia de manera acabada, de forma que no permitiera que la regulación autonómica, respetando siempre lo establecido como base, mejorara en su ámbito territorial el mínimo común denominador de la normativa básica estatal, se equipararían igualdad e uniformidad. Esta equiparación supondría la negación del principio de autonomía que, por definición, presume la posibilidad de la desigualdad. La igualdad no puede ser entendida como el disfrute de los mismos derechos y obligaciones por todas las personas en cualquier parte del Estado. El hecho de que se reconozcan autonomías territorialmente diferenciadas provoca que surjan distintas posiciones jurídicas de la ciudadanía en los diferentes lugares del territorio (93). De ahí que la pretensión estatal de impedir que las Comunidades Autónomas mejoren las condiciones subjetivas y objetivas contenidas en la legislación básica sanitaria obvie que, junto con el principio de igualdad, también deba tenerse en cuenta el principio de autonomía. Esta manera de proceder parece obedecer más a un propósito recentralizador de la competencia (94).

Si bien es cierto que el Tribunal Constitucional ha señalado que se ha de descartar que las Comunidades Autónomas tienen competencia para establecer quiénes tienen acceso al sistema público de salud (95), esta afirmación, además de contextualizarse adecuadamente (96), se ha de interpretar de manera sistemática con la lógica de la relación bases estatales – desarrollo normativo autonómico. En ese sentido, el Tribunal Constitucional entiende que no es a las Comunidades Autónomas a quienes corresponde determinar los sujetos con acceso a la sanidad pública. Se trata de una materia cuya determinación corresponde al Estado. No obstante, con esta afirmación no está limitando la ampliación del ámbito subjetivo por parte de las Comunidades Autónomas,

(91) G. FERNÁNDEZ FARRERES (2005: pp. 240-241 y 246).

(92) STC 22/2012, FJ 3.

(93) STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2.

(94) V. AGUADO I CUDOLÀ y R. PRADO PÉREZ (2014: pp. 99 y 105).

(95) STC 136/2012, FJ 8.

(96) El asunto se refiere a una norma autonómica que impone una tasa por prestación de asistencia sanitaria a miembros de mutualidades administrativas que percibieran asistencia sanitaria pública, cuando la Comunidad Autónoma ya percibía dicha cantidad por estar incluida en el modelo de financiación autonómica establecido por la Ley 21/2001, por lo que la imposición de la tasa implicaría cobrar dos veces por el mismo concepto.

sino que recuerda que el mínimo establecido por la legislación básica es de obligado cumplimiento por aquéllas, sin que puedan regular contraviniendo sus condiciones. En esos términos lo expone el propio fragmento de la sentencia al indicar que «(...) en aplicación de la doctrina *supra* recogida, cabe concluir que la decisión acerca de quiénes deban ser beneficiarios de las prestaciones sanitarias y cuáles sean dichas prestaciones, pertenece indudablemente al núcleo de lo básico, pues define los ámbitos subjetivo y objetivo de la propia materia» (97). Esta delimitación por parte de la legislación estatal, sin embargo, no impide que, una vez establecido el mínimo común denominador que forma parte de las bases, las Comunidades Autónomas, mediante su normativa de desarrollo, amplíen tanto el ámbito subjetivo como el objetivo de las prestaciones sanitarias.

De ahí que no se comparta la apreciación del Consejo de Estado cuando afirma que la legislación básica estatal sobre la materia «no ha dejado espacio a la adición por las Comunidades Autónomas de nuevas categorías de personas con acceso a prestaciones». La utilización de la fórmula de la exclusión, aunque sea de manera positiva (98), para delimitar el ámbito de lo básico de la norma estatal es cuestionable, ya que con ella el Estado no se limita a establecer lo básico, que es lo que le corresponde, sino que se inmiscuye en el espacio del desarrollo legislativo autonómico impidiendo que por esta vía se amplíe y mejore la legislación básica estatal (99).

Con respecto al concepto de coordinación, su finalidad es «la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían respectivamente la realidad misma del sistema. En este sentido hay que entender la competencia estatal de coordinación general, a propósito de la cual conviene realizar las siguientes precisiones: a) Aunque constituye un reforzamiento o complemento de la noción de bases, es una competencia distinta a la de fijación de las bases, como se desprende del hecho de que en el art. 149.1 no siempre que se habla de bases se habla también de coordinación general, si bien ésta, cuando se incluye, aparece salvo en una ocasión (149.1.15) unida a la competencia sobre las bases (art. 149.1.13 y 149.1.16);

(97) STC 136/2012, FJ 8.

(98) Art. 3.5 de la Ley 16/2003: «Aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial».

(99) Dictamen del Consejo de Estado 796/2012, Conflicto positivo de competencia al Gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco en relación con el Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

b) la competencia de coordinación general presupone lógicamente que hay algo que debe ser coordinado, esto es, presupone la existencia de competencias de las Comunidades en materia de sanidad, competencias que el Estado, al coordinarlas, debe obviamente respetar, pues nunca ni la fijación de bases ni la coordinación general deben llegar a tal grado de desarrollo que dejen vacías de contenido las correspondientes competencias de las Comunidades; c) la competencia estatal de coordinación general significa no sólo que hay que coordinar las partes o subsistemas (esto es, las competencias comunitarias) del sistema general de sanidad, sino que esa coordinación le corresponde hacerla al Estado; d) en consecuencia la coordinación general debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario» (100).

Una vez delimitado qué corresponde al Estado y qué a las Comunidades Autónomas en materia sanitaria, la labor de coordinación es una función que interviene *a posteriori* y no ha de alterar el reparto competencial diseñado; no ha de ser la excusa por la que reducir el ámbito competencial autonómico, ámbito que, por lo demás, se determina por otros cauces. Si mediante la coordinación se impide a las Comunidades Autónomas el desarrollo de sus competencias ¿qué es lo que coordinaría el Estado? Tal como señala la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi: «Dado que la coordinación, que presupone el ejercicio de competencias por parte de las comunidades autónomas en materia de sanidad, el Estado, al coordinarlas, debe respetarlas» (101).

En definitiva, al Estado compete el establecimiento de las bases, así como la coordinación general de la sanidad. En su virtud, y sin perjuicio de que el Tribunal Constitucional pueda declarar inconstitucional la determinación material de las bases realizada por el Estado, habrá de garantizarse una uniformidad mínima igualitaria para todo el territorio estatal. Con posterioridad, las Comunidades Autónomas que tengan reconocidas competencias en el ámbito material sanitario, desarrollarán aquellas bases mediante sus propias normas, en las que se podrán incorporar mejoras, tanto subjetivas como objetivas, con respecto a la legislación básica estatal. Lo que no procede en ningún caso es que el desarrollo normativo autonómico empeore las condiciones previstas por la regulación estatal.

(100) STC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2. G. FERNÁNDEZ FARRERES (2005: pp. 345-350).

(101) Dictamen n^o 118/2012, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi. Consulta 130/2012, relativa al proyecto de Decreto sobre régimen de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, punto 36.

4. El art. 149.1.17° CE

Otro de los títulos competenciales al amparo de los cuales el gobierno central aprobó el Real Decreto-Ley, y el último al que se va a hacer referencia en este trabajo, es el del art. 149.1.17° CE, que configura como competencia exclusiva del Estado la «[L]egislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas» (102). El precepto diferencia dos ámbitos. Por una parte, el régimen económico de la Seguridad Social que en toda su amplitud es de competencia exclusiva estatal (103), y por otra, la legislación básica sobre la materia, la cual podrá ser desarrollada por las Comunidades Autónomas en virtud de las previsiones estatutarias correspondientes (104).

Este título competencial ha de conectarse con el art. 41 CE que impone a todos los poderes públicos el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para toda la ciudadanía, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad. No obstante, «no es un precepto apto para atribuir competencias ni para decantarse a favor de unos u otros centros de decisión (...). Es por ello un precepto neutro, que impone los compromisos a que se han hecho referencia a los ‘poderes públicos’, sin prejuzgar cuáles pueden ser éstos» (105). La citada neutralidad competencial obliga «a que los criterios interpretativos para alcanzar una solución debamos buscarlos «en su lugar propio, el Título VIII de la Constitución», bajo la guía de los criterios establecidos en nuestra doctrina en relación con el art. 41 CE» (106).

(102) Los Estatutos de Autonomía que han sido objeto de reforma durante los últimos años, llamados de «segunda generación», han asumido la totalidad de las competencias posibles conforme a los preceptos constitucionales en materia de Seguridad Social, es decir, el desarrollo de la legislación básica del Estado, la ejecución de la legislación básica y la gestión del régimen económico de la Seguridad Social, con respeto al principio de unidad económica y financiera de la misma y la organización y administración de los servicios relacionados con la Seguridad Social, así como el ejercicio de la tutela de las instituciones entidades y fundaciones y con reserva al Estado de la alta inspección. L. MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE y A. I. PÉREZ CAMPOS (2009: p. 112).

(103) Conforme a la Disposición adicional 5ª del EAPV, «La Comisión Mixta de Transferencias que se crea para la aplicación de este Estatuto establecerá los oportunos convenios, mediante los cuales la Comunidad Autónoma asumirá la gestión del régimen económico de la Seguridad Social, dentro de su carácter unitario y del respeto al principio de solidaridad, según los procedimientos, plazos y compromisos que, para una ordenada gestión, se contengan en tales convenios». También se ha entendido que las competencias exclusivas del Estado serían las relativas al plano normativo, quedando para las Comunidades Autónomas la ejecución de sus servicios. A. PALOMAR (1993: pp. 98-99).

(104) J. LÓPEZ LÓPEZ (1993: pp. 185-187).

(105) STC 206/1997, de 27 de noviembre, FJ 7.

(106) STC 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 3.

Conforme al Título VIII CE, lo que se reserva en exclusiva al Estado es el régimen económico de la Seguridad Social, es decir, aquello que garantiza «la unidad del sistema de la Seguridad Social, y no sólo la unidad de su regulación jurídica, impidiendo diversas políticas territoriales de Seguridad Social en cada una de las Comunidades Autónomas». En consecuencia, se impone el «carácter unitario del sistema y de su régimen económico, la estatalidad de los fondos financieros de la Seguridad Social y, por ende, la competencia exclusiva del Estado no sólo de la normación sino también de disponibilidad directa sobre esos fondos propios, que en este momento se articula a través y por medio de la Tesorería General de la Seguridad Social». Por ello, «El Estado ejerce no sólo facultades normativas sino también facultades de gestión o ejecución del régimen económico de los fondos de la Seguridad Social destinados a los servicios o a las prestaciones de la Seguridad Social (...)» (107).

Lo que no atañe a los recursos financieros y caja única de la Seguridad Social (108), sin embargo, formaría parte de la legislación sobre la materia. En este ámbito no procedería una regulación unitaria y completa estatal, ya que la función legislativa está distribuida entre la instancia estatal (legislación básica) y la autonómica (desarrollo legislativo). Mediante la legislación de desarrollo, las Comunidades Autónomas que hubieran asumido competencias en esta materia podrían desarrollar sus propias políticas protectoras que hicieran frente a las situaciones de necesidad de la ciudadanía y complementar de esa forma el ámbito de protección establecido por el Estado en su legislación básica. De esta forma, podrían adoptarse medidas adicionales de protección autonómicas que incrementaran las prestaciones o incluyeran situaciones de necesidad no cubiertas por el sistema estatal. El distinto nivel de protección de la ciudadanía que se produciría en atención al lugar de residencia no atentaría contra el principio de igualdad, por tratarse de una manifestación del principio de autonomía (109).

No obstante, las Comunidades Autónomas con competencias sobre la materia, probablemente debido a su complejidad (110), no han procedido a desarrollar la legislación básica estatal, sino que han extendido su acción

(107) STC 124/1989, de 7 de julio, FJ 3.

(108) STC 195/1996, de 28 de noviembre, FFJJ 6 y 7.

(109) B. SUÁREZ CORUJO (2006: pp. 179-200). La dificultad de perfilar dentro de la regulación unitaria estatal qué se refiere al régimen económico y qué a la legislación básica ha llevado a que la acción protectora autonómica se haya desarrollado en virtud del título competencial contenido en el art. 148.1.20° CE, asistencia social. Ello pone de manifiesto que los límites delimitadores entre seguridad social y asistencia social no son nítidos, J. LÓPEZ LÓPEZ (2003: pp. 194-199).

(110) El contenido material de lo básico es muy amplio, ya que resulta difícil dar tratamiento desigual a personas que están en la misma situación de necesidad y han contribuido de forma equivalente. J. R. MERCADER UGUINA (2008: p. 2385).

protectora en virtud del título competencial relativo a la asistencia social del art. 148.1.20º CE, que además les es atribuida en exclusiva (111), incluso cuando con ella se complementan prestaciones de la Seguridad Social (112). La asistencia social es un sistema externo a la Seguridad Social que protege «situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquel sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social». Su sostenimiento es «al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios» (113).

Lo que diferencia a la Seguridad Social de la asistencia social no es, sin embargo, que aquélla quede condicionada en todo caso a la previa contribución de sus beneficiarios. La genérica referencia a situaciones de necesidad contenida en el art. 41 CE implica que en la actualidad la Seguridad Social no se limite al principio contributivo y a la cobertura de riesgos y contingencias, pudiendo garantizar asistencia a personas en situaciones de necesidad mediante prestaciones no contributivas (114). No obstante, en la medida en que con ello no se puede vaciar de contenido el ámbito de la asistencia social autonómica, coexisten una asistencia social «interna» al sistema de Seguridad Social y otra «externa» de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas (115). Respecto de la primera, se determina que la Seguridad Social «podrá dispensar a las personas incluidas en su campo de aplicación y a los familiares o asimilados que de ellas dependan los servicios y auxilios económicos (116) que, en atención a estados y situaciones de necesidad, se consideren precisos, previa demostración, salvo en casos de urgencia, de que el interesado carece de los recursos indispensables para hacer frente a tales estados o situaciones» (117). Con ello cabe deducir que las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social se reducen a ayudas económicas.

Una de las modificaciones introducidas en la Ley de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud por el Real Decreto-Ley 16/2012 ha consistido

(111) STC 239/2002, FFJJ 5, 6 y 7. B. SUÁREZ CORUJO (2006: p. 181).

(112) Tal es el caso de la Renta de Garantía de Ingresos vasca que complementa las pensiones de forma específica en relación con otros ingresos. Ley 18/2008, de 23 de diciembre, para la Garantía de Ingresos y para la Inclusión Social, modificada por Ley 4/2011, de 24 de noviembre, y desarrollada por Decreto 147/2010, de 25 de mayo, de la Renta de Garantía de Ingresos.

(113) STC 76/1986, de 9 de junio, FJ 6.

(114) Y. SÁNCHEZ-URAN AZAÑA (1995: pp. 43-44).

(115) STC 239/2002, de 11 de diciembre, FJ 5.

(116) Se trataría de prestaciones estrictamente económicas, E. COBREROS MENDAZONA (1992: p. 300).

(117) Art. 55.1 Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).

tido en limitar el acceso a la sanidad con cargo a fondos públicos a quienes ostenten la condición de asegurado (o beneficiario). El reconocimiento y control de dicha condición corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social (o al Instituto Social de la Marina), a través de sus direcciones provinciales y, posteriormente, serán las administraciones sanitarias competentes las que expedirán la correspondiente tarjeta sanitaria individual (118).

Son varias las cuestiones que se suscitan a la luz de la nueva regulación. Desde el punto de vista material, no cabe duda de que la protección de la salud y el sistema público de Seguridad Social son dos ámbitos diferenciados, y así lo señaló el Tribunal Constitucional al indicar que «[A] pesar de la indiscutible vinculación entre la protección de la salud y el sistema público de Seguridad Social, que dentro de su acción protectora incluye la asistencia sanitaria de sus beneficiarios en los casos de maternidad, enfermedad (común y profesional) y accidente (común y de trabajo), no cabe subsumir la materia aquí cuestionada [medicamento] en el título competencial relativo a ella (art. 149.1.17 CE)» (119).

Que la asistencia sanitaria dependa de que previamente se hayan hecho aportaciones a la Seguridad Social no afecta a su financiación; no implica que los gastos derivados de la asistencia vayan a abonarse en función de lo que se haya aportado o que el importe necesario para su abono provenga de las arcas de la Seguridad Social. Los gastos derivados de la asistencia sanitaria serán sufragados por los propios sistemas sanitarios públicos que, como consecuencia de «la descentralización de la gestión de los servicios sanitarios y el traspaso de servicios y funciones efectuada por la Administración del Estado en materia de sanidad a favor de las distintas Comunidades Autónomas» (120) culminada por la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con estatuto de autonomía, quedan en manos autonómicas. En consecuencia, la asistencia sanitaria no está incardinada en el marco competencial de la Seguridad Social e integra una prestación de los sistemas de salud, por lo cual, su financiación no afecta al régimen económico de la Seguridad Social.

Con el Real Decreto-Ley 16/2012, el Estado ha supeditado el derecho a la percepción de la asistencia sanitaria a la previa vinculación con la Seguridad Social, por lo que en la actualidad la garantía de que los poderes públicos financien la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos depende

(118) Art. 3 bis Ley 16/2003.

(119) STC 98/2004, de 25 de mayo, FJ 5.

(120) STC 98/2004, de 25 de mayo, FJ 5.

del reconocimiento de la condición de asegurado o beneficiario. Ahora bien, no parece que sea ése el título competencial válido para llevar a cabo la citada acotación, ya que la determinación de quién tiene derecho a la asistencia sanitaria y qué abarca ésta forma parte de la vertiente prestacional del derecho, que por dicho motivo integran la materia «sanidad interior» y no «seguridad social» (121). Que el gobierno central se ampare en este último título competencial manifiesta claramente la vocación de recentralización de la competencia sanitaria (122), reduciendo de esta forma el ámbito competencial autonómico. En cualquier caso, el reconocimiento del derecho de acceso a la sanidad a grupos de personas no contemplados por la normativa estatal en ningún caso significaría la ampliación de los conceptos de asegurados o beneficiarios.

La actuación estatal ha encontrado justificación, tal y como se expresa en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 16/2012, en que la instauración de la condición de asegurado para ser receptor de asistencia sanitaria deriva de la necesidad de evitar algunas situaciones anómalas que están debilitando la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud. En concreto, tomando como base el Informe del Tribunal de Cuentas de fiscalización de la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la aplicación de los Reglamentos comunitarios y Convenios internacionales de la Seguridad Social (123), se pone de manifiesto que se está asumiendo la asistencia sanitaria de personas que ya la tienen cubierta en sus lugares de origen. Esa alusión se refiere al llamado «turismo sanitario», del cual se beneficia la ciudadanía de la Unión, y la situación que se pretende evitar es la derivada de la deficiente facturación de la asistencia sanitaria prestada. El gobierno central, en lugar de idear mecanismos adecuados para el cobro de los servicios prestados, opta por la exclusión sanitaria de las personas extranjeras en situación irregular cuyo coste no se ha cuantificado (124).

(121) Dictamen nº 118/2012, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi. Consulta 130/2012, relativa al proyecto de Decreto sobre régimen de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, punto 31.

(122) T. DE LA QUADRA-SALCEDO (2004: p. 17).

(123) Resolución de 18 de diciembre de 2012, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas.

(124) V. AGUADO I CUDOLÀ y R. PRADO PÉREZ (2014: p. 102). El Informe de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales «Cost of exclusion from healthcare. The case of migrants in an irregular situation» (2015), que expone los modelos de asistencia sanitaria a este colectivo en Alemania, Grecia y Suecia, concluye que los modelos presentados sugieren que garantizar el acceso a la sanidad preventiva regular a los migrantes en situación irregular, no solo contribuye al cumplimiento del derecho a disfrutar de los más altos estándares asequibles de salud física y mental descritos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sino que además resulta lo más económico. El informe muestra el ahorro que supone para los sistemas sanitarios proveer asistencia

La decisión del gobierno central de vincular la asistencia sanitaria a la condición de asegurado parece obedecer más a un interés de arrogarse una competencia y sustraerla del ámbito competencial autonómico. En este sentido, que la Seguridad Social incluya prestaciones asistenciales no contributivas podría entrar en conflicto con la materia «asistencia social», pero no debe llevar al equívoco de sustraer, con carácter general, la asistencia sanitaria del título competencial que le es propio (sanidad), e incluirla en otro más genérico bajo el argumento de sus puntos de conexión con la materia sanitaria (125).

Tal y como se ha expuesto en el epígrafe anterior, si a las Comunidades Autónomas compete el desarrollo de la legislación básica sanitaria estatal, el Estado no puede ampararse en otro título competencial distinto para atraer hacia sí algo que no le corresponde. En este sentido, en desarrollo de su competencia legislativa, nada debería impedir que las autoridades autonómicas competentes extendieran la asistencia sanitaria a personas que no tuvieran reconocida la condición de asegurada o beneficiaria, como es el caso de migrantes en situación irregular.

El problema es que el Real Decreto-Ley 16/2012 limita la capacidad autonómica de emisión de la tarjeta sanitaria individual, ya que únicamente puede ser expedida a favor de aquellas personas a las que el Instituto Nacional de Seguridad Social haya reconocido la condición de aseguradas o beneficiarias. Ello plantea si no se está ante una nueva extralimitación por parte del Estado. Una vez más, se ha de insistir en la necesidad de diferenciar entre perceptores de prestaciones de la Seguridad Social y perceptores de asistencia sanitaria al margen de la Seguridad Social. En el primer caso, no se discute la competencia del Instituto Nacional de Seguridad Social en el reconocimiento de la correspondiente condición (126). Por lo que a la percepción de la asistencia sanitaria se refiere, sin embargo, si se defiende, como así se hace, que las Comunidades Autónomas pueden completar y mejorar la legislación básica estatal en materia sanitaria, deberían ser las administraciones sanitarias autonómicas las que, además de expedir la tarjeta sanitaria individual, reconocieran

preventiva regular, y no solo asistencia de urgencia, ya que tratar una enfermedad solo cuando ha devenido en urgente no solo pone en riesgo la salud del paciente, sino también resulta una carga económica mayor para los sistemas sanitarios. El Informe está accesible en el siguiente enlace: <http://goo.gl/y6QzVj>.

(125) La Seguridad Social cubre la asistencia sanitaria de sus beneficiarios en algunos casos, pero también responde a otra serie de contingencias que nada tienen que ver con la salud.

(126) Conforme al art. 57.1.a) LGSS corresponde al Instituto General de la Seguridad Social la gestión y administración de las prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social, excepto las que corresponden al Instituto Nacional de Servicios Sociales.

el derecho a la asistencia sanitaria a todas las personas que lo tuvieran en virtud de las disposiciones autonómicas (127).

V. REFLEXIONES FINALES

Con la aprobación del Real Decreto-Ley 16/2012 el gobierno central dejó fuera de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos a las personas extranjeras en situación irregular con algunas excepciones. Esta exclusión ha llevado a algunas Comunidades Autónomas, en desarrollo de sus competencias en materia sanitaria, a incluirlas en sus sistemas públicos de salud. La reacción del gobierno central ha sido acudir al Tribunal Constitucional al entender que tales actuaciones no respetan el reparto competencial establecido en la Constitución y los Estatutos de Autonomía. Pendientes todavía de los pronunciamientos sobre el fondo del Alto Tribunal, éste sí ha decidido el levantamiento de la suspensión de las normas autonómicas impugnadas, al considerar que las cuestiones relacionadas con la salud prevalecen sobre los factores económicos.

El gobierno, quizás consciente de las limitaciones que le impone su competencia sobre la legislación básica en materia de sanidad, justificó la exclusión sanitaria de las personas extranjeras en situación irregular por el alto coste económico que suponía la prestación, lo cual afectaba negativamente a la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud. Sin embargo, no se aportó ningún dato económico que avalase tal afirmación, ya que el Informe del Tribunal de Cuentas mencionado en la Exposición de Motivos únicamente refleja el déficit ocasionado por el impago de facturas de personas ciudadanas de la Unión que tienen cubierta la asistencia sanitaria en sus lugares de origen. Este argumento le sirvió al gobierno para vincular la materia sanitaria con la Seguridad Social, aun cuando se trata de dos ámbitos materiales diferenciados y los sistemas sanitarios se financian vía presupuestos generales y no por la Seguridad Social. En cualquier caso, de esta manera, el gobierno atrajo

(127) Así lo establecen en la Comunidad Autónoma de Euskadi los apartados 1 y 5 del art. 2 de la Orden de 4 de julio de 2013, del Consejero de Salud, por la que se establece el procedimiento para el reconocimiento de la asistencia sanitaria en la Comunidad Autónoma de Euskadi a las personas que no tienen la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud, y se regula el documento identificativo y el procedimiento para su emisión: «La solicitud para el reconocimiento de la asistencia sanitaria del Sistema Vasco de Salud por quien no tenga la condición de persona asegurada o beneficiaria del Sistema Nacional de Salud, y que cumpla los requisitos establecidos en el artículo anterior, se presentará en las dependencias administrativas de los centros sanitarios de Osakidetza-Servicio vasco de salud, sin perjuicio de otros lugares de trámite que el Departamento de Salud pudiera señalar» y «Verificados los requisitos, se procederá a dictar y notificar la correspondiente resolución en el plazo máximo de 3 meses. Transcurrido dicho plazo sin notificación expresa, la persona interesada podrá entender estimada su solicitud».

hacia sí una competencia, la sanitaria, que no le era propia en su totalidad, limitando una vez más la participación autonómica en un claro ejemplo de recentralización.

Sorprendentemente el Gobierno central plantea la «armonización» de las diferentes normativas autonómicas dictadas para ampliar los derechos sanitarios de las personas extranjeras, armonización innecesaria, ya que bastaría con que derogase el Real Decreto-Ley 16/2012, que limita los derechos de las personas extranjeras, que ha provocado la respuesta autonómica. No se requiere por tanto ninguna armonización, sino un cambio de la norma estatal y su vuelta a la redacción anterior. «En cuestión de inmigración, estamos atrapados de algún modo en la trampa de los derechos fundamentales que se encuentran sin embargo (...) en el corazón mismo de nuestras sociedades democráticas y constituyen una parte esencial de nuestro patrimonio común» (128).

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGIRREAZKUENAGA, Iñaki (2007): «Reflexiones sobre el art. 149.1.1 de la Constitución: la clasificación del suelo y la imposible igualdad en el ejercicio del derecho a la propiedad urbanística», en *ACE: Architecture, City, and Environment. Arquitectura, Ciudad y Entorno*, vol. 1, núm. 3, pp. 86-117.
- AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç (2002): «La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales: un primer balance (I)», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 0, pp. 7-43.
- (2003): «La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales: un primer balance (II)», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 1, pp. 58-88.
- AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç y PÉREZ PRADO, Raquel (2014): «Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del estado de bienestar», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 99-100, pp. 87-110.
- AJA, Eliseo (1992): «El artículo 149.1.1 de la Constitución como cláusula de cierre del principio de igualdad social», en LÓPEZ GUERRA, Luis; AJA, Eliseo; LASAGABASTER, Iñaki; VIVER I PI-SUNYER, Carles, *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias*, Barcelona, Generalitat de Catalunya.
- APARICIO WILHELMI, Marco; MOYA MALAPEIRA, David; AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç (2010): «La decisión sobre las competencias relacionadas con la inmi-

(128) O. LECUCQ (2016: p. 105).

- gración», en *Revista Catalana de Dret Public*, número extra 1. Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006, pp. 352-371.
- APRELL LASAGABASTER, Concha (2013): «El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: los efectos del Real Decreto-ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de las prestaciones», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 32, pp. 1-8.
- ARBÉLAEZ RUDAS, Mónica (2011): «El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes. Elementos diferenciales y regulación en España», en FERNÁNDEZ AVILÉS, José Antonio y MORENO VIDA, María Nieves (dir.), *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Granada, Editorial Comares, pp. 711-729.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, en MARTÍN REBOLLO, Luis (dir.) (2008): *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Lorenzo Martín-Re tortillo*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, pp. 373-394.
- COBREROS MENDAZONA, Edorta (1992): «La coordinación sanitaria estatal y las Comunidades Autónomas», en *Documentación Administrativa*, núm. 230-231, pp. 297-320.
- COBREROS MENDAZONA, Edorta (2008): «Artículo 149.1.16.º CE», en CASAS BAA-MONDE, Mº Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑEIRO y BRAVO-FERRER, Miguel, *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, pp. 2373-2382.
- DE LA QUADRA-SALCEDO, Tomás (2004): «Igualdad, derechos de los pacientes y cohesión del Sistema Nacional de Salud», en PAREJO, Luciano; PALOMAR, Alberto; VAQUER, Marcos (coord.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Madrid, Marcial Pons, pp. 11-35.
- DELGADO DEL RINCÓN, Luis E. (2014): «El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 163, pp. 189-231.
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS (2015): «Cost of exclusion from healthcare. The case of migrants in an irregular situation».
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2005): *La contribución del Tribunal Constitucional al Estado autonómico*, Madrid, Iustel.
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (1998): «El derecho de propiedad urbana y el artículo 149.1.1º CE (nota a la STC 61/1997, de 20 de marzo)», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 50, pp. 303-328.

- (1999): «La interpretación del principio de supletoriedad y su adecuación a los principios constitucionales rectores del Estado de las autonomías», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 55, pp. 43-76.
 - (2007): «La ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia: una reflexión desde la perspectiva competencial», en *Revista D'estudis Autònòmics i Federals*, núm. 4, pp. 129-158.
- LECUCQ, Olivier (2016): «Los derechos fundamentales de los inmigrantes: un reto para Francia y Europa», en BARBERO, Iker y ARRESE, M^o Nieves (ed.), *Tensiones entre las políticas de extranjería y los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 105-116.
- LÓPEZ LÓPEZ, Julia (1993): *Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, Madrid, Marcial Pons.
- MARTÍN DELGADO, Isaac (2014): «El acceso a los datos del padrón por Administraciones Públicas distintas de la municipal en materia de extranjería», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 161, pp. 101-130.
- MEDICOS DEL MUNDO (2014): «Dos años de reforma sanitaria: más vidas humanas en riesgo», Open Society Foundations.
- MELÉNDEZ MORILLO-VALVERDE, Lourdes y PÉREZ CAMPOS, A. I. (2009): «La distribución de competencias en materia de Seguridad Social entre el Estado y las Comunidades Autónomas en los Estatutos de Autonomía de «segunda generación»», en VV.AA. (2009), *La gestión del sistema de la Seguridad Social*, Murcia, Ediciones Laborum, S. L.
- MERCADER UGUINA, Jesús R. (2008): «Artículo 149.1.17.º CE», en CASAS BAAMONDE, M^o Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, Miguel, *Comentarios a la Constitución española. XXX Aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, pp. 2383-2389.
- MONTILLA MARTOS, José Antonio y VIDAL PUEYO, María del Camino (2007): *Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- MONTILLA MARTOS, José Antonio: «La distribución de competencias en inmigración entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la reforma del Estado autonómico», en MONTILLA MARTOS, José Antonio y VIDAL PUEYO, María del Camino (2007), *Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- PALOMAR, Alberto (1993): *Derecho público de la Seguridad Social*, Barcelona, Ariel.
- PEMÁN GAVÍN, Juan (2008): «Artículo 149.1.1.º CE», en CASAS BAAMONDE, M^o Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, Miguel, *Comentarios a la Cons-*

- titución española. XXX Aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, pp. 2264-2275.
- PONCE SOLÉ, Juli (2013): *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadano. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Madrid, INAP.
- RIPOL CARULLA, Santiago (2008): «Artículo 149.1.2.º CE», en CASAS BAAMONDE, M^o Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, Miguel, *Comentarios a la Constitución española. XXX. Aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwer, pp. 2276-2280.
- SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, Yolanda (1995): *Seguridad Social y Constitución*, Madrid, Civitas.
- SOLANES CORELLA, Ángeles (2004): «La realidad local de la inmigración: el padrón municipal como forma de integración», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 10, pp. 1-26.
- (2015): «Protección de la salud», en REY MARTÍNEZ, Fernando (dir.), *Los Derechos Humanos en España: un balance crítico*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 332-367.
- SUÁREZ CORUJO, Borja (2006): *La protección social en el Estado de las Autonomías*, Madrid, Iustel.
- VAQUER, Marcos (2004): «La coordinación y el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud», en PAREJO, Luciano; PALOMAR, Alberto; VAQUER, Marcos (coord.), *La reforma del Sistema Nacional de Salud. Cohesión, calidad y estatutos profesionales*, Madrid, Marcial Pons, pp. 111-136.
- VELASCO CABALLERO, Francisco (2010): «Políticas y competencias locales sobre inmigración», en DIEZ SASTRE, Silvia (coord.), *Inmigración y gobiernos locales*, Valencia, Marcial Pons, pp. 65-120.
- VIDAL PUEYO, María del Camino (2007): «Breve aproximación a las políticas autonómicas en materia de inmigración», en MONTILLA MARTOS, José Antonio y VIDAL PUEYO, María del Camino, *Las competencias en inmigración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.