

Un paso atrás en la universalidad del acceso a la asistencia sanitaria de las personas inmigrantes en España: comentario jurídico-crítico a la sentencia del tribunal supremo de 13 de mayo de 2019

STS-SOC núm. 364/2019, de 13 de mayo

José Luis Monereo Pérez

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada.
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*

Belén del Mar López Insua

*Profesora contratada-doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Acreditada como Titular de Universidad. Universidad de Granada*

Resumen: *El derecho a la salud se configura, dada su equivocada ubicación en el texto constitucional, como un principio rector de la política social y económica (artículo 43 de la CE) al que se le otorga una debilitada protección que no queda exenta de críticas. Son muchos los vaivenes que, en torno a esta materia, ha protagonizado la jurisprudencia. En este comentario, se analizan los límites y restricciones que en torno a la universalidad del derecho a la asistencia sanitaria ha establecido la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2019 para inmigrantes reagrupados en España.*

Palabras clave: *Universalidad, asistencia sanitaria, inmigrantes, reagrupación familiar y límites.*

Abstract: *The right to health is configured, given its mistaken location in the constitutional text, as a guiding principle of social and economic policy (Article 43 of the EC) which is granted a weakened protection that is not exempt from criticism. There have been many changes in this area in jurisprudence. This commentary analyses the limits and restrictions on the universality of the right to health care established by the Supreme Court ruling of 13 May 2019 for immigrants regrouped in Spain.*

Keywords: *Universality, health care, immigrants, family reunification and limits.*

"[...] queremos hablar de una laguna de la ley sólo en el caso de que, utilizando la interpretación, no sea posible obtener de la ley respuesta para una cuestión jurídica.... Además, la mera interpretación de las leyes pone al descubierto ciertas lagunas que, por tanto, son lagunas de la ley; pero que, en algunos casos, podemos colmar empleando el razonamiento analógicos y otros recursos y sin salirnos de los límites de la ley".

I. Introducción

En el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina (con número de resolución 364/2019 y con número de recurso: 1068/2018) el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) alega la contradicción existente entre la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el recurso de suplicación núm. 3170/2017 (y formulado frente a la sentencia de 6 de abril de 2017 dictada en autos 9/2016 por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra seguidos a instancia de la interesada contra el INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social) y la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de fecha 2 de marzo de 2017, alegando además la infracción del artículo 2.1 b) RD 1192/2012, de 3 de agosto.

El debate se centra en torno al derecho a la asistencia sanitaria en el caso de una ciudadana española que reagrupa a su madre – de nacionalidad cubana— a la que le fue concedida la “tarjeta de residencia temporal de familiar de la Unión”, al amparo de lo dispuesto en el RD 240/2007. La sentencia recurrida entiende que reúne los requisitos del art. 2.b y 3 del R.D. 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. Por su parte, la Sala del Tribunal Supremo (TS) entiende sin embargo que la concesión de la tarjeta indicada no supone la existencia automática del derecho, sino que la dinámica del derecho está sujeta al mantenimiento del requisito de su concesión relativo a que el reagrupante disponga de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su periodo de residencia y de un seguro de enfermedad que cubra los riesgos del reagrupado en España, tal y como se desprende del art. 7.1 b) y 2 del RD 240/2007. La sentencia cuenta con dos votos particulares.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo. Sala de lo Social (Pleno).

Número y fecha de la resolución judicial: sentencia núm. 364/2019, de 13 de mayo.

Tipo y número de recurso: Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina núm. 1068/2018.

ECLI: ES:TS:2019:1769.

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez.

Votos particulares: carece.

III. Problema suscitado: hechos y antecedentes

En la presente sentencia de 13 de mayo de 2019, el Tribunal Supremo resuelve la discrepancia planteada en torno al derecho de acceso a la asistencia sanitaria por una ciudadana española que reagrupó a su madre –de nacionalidad cubana-. En concreto, a la persona inmigrante le fue concedida, al amparo de lo dispuesto en el Real Decreto 240/2007, la “tarjeta de residencia temporal de familiar de la Unión”.

Constan los siguientes antecedentes de hecho: 1) Con fecha 6 de abril de 2017, el Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Que, estimando íntegramente la demanda presentada por D^a Rosaura contra el INSS, debo declarar y declaro el derecho de la demandante a la asistencia sanitaria con cargo al Sistema Nacional de Salud, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración con los efectos que de ella se derivan.- Queda absuelta la Tesorería General de la Seguridad Social de las

pretensiones en su contra." En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos: " a) - La demandante Doña Rosaura, de nacionalidad cubana, solicitó la asistencia sanitaria ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social el 16 de noviembre de 2015, asistencia sanitaria que le fue denegada en Resolución de fecha 18 de noviembre de 2015, con fundamento en que reside legalmente en España con autorización de residencia temporal no lucrativa, por lo que ha tenido que acreditar que dispone de un seguro de enfermedad público o privado, contratado en España o en otro país, que proporcione cobertura en España durante su período de residencia equivalente a la proporcionada por el Sistema Nacional de Salud.- Contra dicha Resolución presentó reclamación previa, la cual fue desestimada en Resolución de 4 de diciembre de 2015.- b) La demandante está en posesión de una tarjeta de residencia temporal de familiar de ciudadano de la UE, concedida el 28 de septiembre de 2015 con efectos del 12 de junio de 2015 y caducidad el 11 de junio de 2020, toda vez que su hija Doña María Teresa es ciudadana española." 2) Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia con fecha 21 de diciembre de 2017 , en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que desestimando el recurso de suplicación presentado por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, actuando en nombre y representación del INSS, contra la sentencia de fecha seis de abril de dos mil diecisiete, dictada en autos 9/2016 del Juzgado de lo Social nº 1 de Pontevedra , seguidos a instancia de Doña Rosaura y contra la TGSS y la Entidad Gestora recurrente confirmamos íntegramente la misma en todos los pronunciamientos que contiene. Sin costas."

El INSS recurre, en este caso, la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia a fecha de 21 de diciembre de 2017 y por la que se entiende que, esta ciudadana cubana, reunía los requisitos dispuestos por el artículo 2.b y 3 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto. EL TSJ afirma que la inmigrante reagrupada sí reúne la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España y con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

Por su parte, el Tribunal Supremo argumenta que la concesión de la tarjeta indicada no supone la existencia automática de ese derecho, sino que la dinámica del derecho está sujeta al mantenimiento del requisito de su concesión de reagrupante. En efecto, tal y como se desprende del artículo 7.1.b y 2 del Real Decreto 240/2007, la reagrupada ha de disponer de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante el periodo de residencia, para lo cual ha de concertar un seguro de enfermedad que cubra los riesgos del reagrupado en España.

Por todo ello, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. La sentencia incluye un voto particular de dos magistrados que consideran que con esta sentencia se vulnera el derecho social fundamental a la salud, de ahí que había de confirmarse la sentencia recurrida.

IV. Posición de las partes

Para el INSS no cabe que la inmigrante reagrupada tenga acceso al derecho a la asistencia sanitaria, puesto que conforme a lo dispuesto por el RD 240/2007 y la Orden PRE/1490/2012, debía ésta haber acreditado que tenía cubierto un sistema de salud, público o privado, contratado en España o en otro país, que le proporcionara esa cobertura sanitaria durante el tiempo de residencia.

La trabajadora, por su parte, que tiene concedida la "tarjeta de residencia temporal de familiar de la Unión" en virtud de resolución de fecha 28 de septiembre de 2015. Por todo ello, entiende que su situación encaja en el ámbito del art. 2.b y 3 del R.D. 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, puesto que reúne los requisitos previstos en tal precepto: "... 3.º Ser nacionales de un país distinto de los mencionados

en los apartados anteriores, o apátridas, y titulares de una autorización para residir en territorio español, mientras ésta se mantenga vigente en los términos previstos en su normativa específica".

V. Normativa aplicable al caso

Para una correcta comprensión de la materia que se debate reproducimos a continuación los preceptos que han de ser tenidos en cuenta para resolver la cuestión problemática.

"1. En el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por el INSS se denuncia la infracción del art. 2.1 b) del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

La solución que adoptaremos en el presente recurso es la misma que se ha tomado en los asuntos deliberados y decididos en esta misma fecha por el Pleno de la Sala, en los recursos número 2022/2018, 3626/2017 y 4622/2017 en los que, en situaciones semejantes, se han estimado los recursos planteados por el INSS, con base en los mismos argumentos que ahora pasamos a exponer.

2.- Normativa aplicable en materia de "asistencia sanitaria". La Ley de Seguridad Social, aprobada por Decreto 907/1966, de 21 de abril, introdujo la asistencia sanitaria como una prestación más de la acción protectora del sistema de Seguridad Social (art. 20.1 a) y 98 y ss.), llevando a ese ámbito uno de los principios que lo inspiraban, como el de universalidad. La CE vino a reconocer en el art. 43 el derecho a la protección de la salud, dentro de los principios rectores de la política social y económica. Con base en ella, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, vendría a expresar el ámbito nacional de la protección de la asistencia sanitaria pública, para toda la población española, en condiciones de igualdad efectiva, atribuyendo el deber de garantizarla a las Administraciones Públicas Sanitarias, estableciendo que "El Gobierno regulará el sistema de financiación de la cobertura de la asistencia sanitaria del sistema de la Seguridad Social para las personas no incluidas en la misma que, de tratarse de personas sin recursos económicos, será en todo caso con cargo a transferencias estatales".

El principio de universalidad que inspiraba esa protección hizo que dicha asistencia sanitaria fuera progresivamente ampliándose y así nos encontramos con el Real 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes, del que queremos destacar su art. 4 en el que se indicaba que "Para obtener el reconocimiento efectivo del derecho los solicitantes habrán de acreditar, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, las circunstancias económicas y familiares exigidas y carecer de protección sanitaria pública" y su art. 5 en el que se decía que "No se reconocerá el derecho a la asistencia sanitaria a que se refiere este Real Decreto a quienes ya la tengan por cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social". Por tanto, la protección se quería otorgar a quienes no estuvieran bajo la cobertura del sistema público sanitario y carecieran de recursos económicos.

3.- En esa necesidad de protección universal, se ha ido ampliado el ámbito subjetivo. Así, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, en su artículo 3, originariamente reconocía como titulares del derecho a la protección a la salud y a la atención sanitaria a todas las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio nacional, en coherencia con lo que entonces venía establecido en el art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. No obstante, a partir de la reforma operada por el RD 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 cuando se introduce el concepto de asegurado y beneficiario y, modificando el citado art. 3, se

acudió a la figura del asegurado y beneficiario, pasando a redactarse aquel precepto con el siguiente contenido: "1. La asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado.

2. A estos efectos, tendrán la condición de asegurado aquellas personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos: [...]

3. En aquellos casos en que no se cumpla ninguno de los supuestos anteriormente establecidos, las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, podrán ostentar la condición de asegurado."

El régimen reglamentario al que se refiere la Ley de Cohesión es el recogido en el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. Esta norma, que es la que se invoca en el motivo como infringida, inicia su texto diciendo que "Todos los españoles, así como los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional, son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, quedando establecido así el carácter de universalidad del derecho a la atención sanitaria en España".

Tal y como refiere en su preámbulo, dicha norma pasa "a regular la condición de persona asegurada y de beneficiaria de ésta a efectos del derecho a la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud", en la forma que expresa su art. 1, al fijar el objeto de dicha norma. Por otra parte, el art. 2.1 b) del citado Reglamento, cuya infracción se denuncia en el recurso, dispone lo siguiente: "A efectos de lo dispuesto en este real decreto, son personas que ostentan la condición de aseguradas las siguientes: [...] b) Las no comprendidas en el apartado anterior ni en el artículo 3 de este real decreto que, no teniendo cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, se encuentren en alguno de los siguientes supuestos: [...] 3.º Ser nacionales de un país distinto de los mencionados en los apartados anteriores, o apátridas, y titulares de una autorización para residir en territorio español, mientras ésta se mantenga vigente en los términos previstos en su normativa específica".

El art. 6.2 del Reglamento, relativo al "*Reconocimiento de la condición de asegurado o de beneficiario previa solicitud del interesado*", especifica la documentación que debe acompañar a la solicitud, señalando en el apartado e) la siguiente: "Declaración responsable de no tener cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, acompañada, en su caso, de un certificado emitido por la institución competente en materia de Seguridad Social o de asistencia sanitaria del país de procedencia del interesado acreditativo de que no procede la exportación del derecho a la prestación de asistencia sanitaria en España. No obstante, lo anterior, los apátridas no estarán obligados a presentar este último certificado". Lo que significa que el régimen de protección de la asistencia sanitaria, en el ámbito personal en el que ahora interesa, se hace depender de que el asegurado no tenga una cobertura obligatoria de la prestación, sean cual sea la vía por la que la misma se encuentre establecida.

4.- Para cerrar la regulación en la materia que aquí relevante es conveniente decir que actualmente el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud -no aplicable al caso por evidentes razones temporales-, obviando el concepto de asegurado y beneficiario, retorna al de titular del derecho a la atención sanitaria, y ha modificado el art. 3 de la Ley de Cohesión, dejando fuera la figura del asegurado y pasando a decir lo siguiente: "1. Son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todas las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su

residencia en el territorio español. 2. Para hacer efectivo el derecho al que se refiere el apartado 1 con cargo a los fondos públicos de las administraciones competentes, las personas titulares de los citados derechos deberán encontrarse en alguno de los siguientes supuestos: [...] c) Ser persona extranjera y con residencia legal y habitual en el territorio español y no tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía".

Dicha norma, además, ha derogado los arts. 2 a 8 del Real Decreto 1192/2012 y viene a reconocer que el RD Ley de 2012 no respetaba adecuadamente el principio de universalidad en el acceso al sistema nacional de salud y, en concreto, la materia a la que tendía, la atención sanitaria, llegando a decir que "La exclusión del colectivo de personas adultas no registradas ni autorizadas a residir en España del derecho de protección a la salud y a la atención sanitaria no ha sido acorde, por tanto, con los antecedentes normativos existentes en nuestro país ni con los diversos compromisos internacionales adquiridos", así como que "... partiendo de las necesarias cautelas dirigidas a no comprometer la sostenibilidad financiera del Sistema Nacional de Salud, se establecen criterios para evitar el uso inapropiado del derecho a la asistencia sanitaria, como son que la asistencia será con cargo a fondos públicos siempre que no exista un tercero obligado al pago, o que no se tenga la obligación de acreditar la cobertura obligatoria por otra vía, o bien, que no se pueda exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia. Todo ello en virtud de lo dispuesto en la normativa nacional, en el derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable".

VI. Parte dispositiva

A la vista de las líneas aducidas y tras ser oído el Ministerio Fiscal, el Tribunal Supremo declara que la doctrina contenida en la sentencia recurrida no se ajusta a derecho al entender que no se han infringido los preceptos denunciados en el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado. Ello determina que, finalmente, resuelva el debate planteado en suplicación estimando el de tal clase interpuesto en su día por la Entidad Gestora frente a la sentencia de instancia. Por ende, se desestima la demanda.

VII. Pasajes decisivos

En el Fundamento de Derecho Sexto afirma el Supremo lo siguiente: "A la vista del bloque normativo regulador expuesto y de la referida jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, no cuestionándose en este momento que la demandante esté bajo el ámbito personal al que se refiere el art. 2.1 b) del repetido Reglamento aprobado por RD 1192/2012, resta por resolver si concurre el requisito de no tener *"cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía"* y si, como pretende la parte recurrente, dicho requisito no se cumple cuando se ha obtenido una residencia temporal, superior a tres meses por ciudadano o extranjero familiar.

Partiendo del principio de universalidad y sin olvidar el de financiación pública y su sostenibilidad, que igualmente informan el sistema nacional de salud, el concepto de "cobertura obligatoria de la prestación de asistencia sanitaria" es el que se pretende por la parte recurrente porque la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, cuando el solicitante es extranjero con residencia legal, solo se otorga en el caso de que no se tenga cubierta dicha prestación de forma obligatoria por otros cauces, públicos o privados.

Y tal previsión, en casos como el resuelto en la sentencia recurrida implica que si hay un tercero obligado a cubrir dicha protección o existe una norma que así lo imponga o que tal prestación venga siendo atendida en virtud de otros aseguramientos públicos, ya no se cumplen las exigencias para que el sistema público deba atender lo que ya está cubierto.

Y esto es lo que sucede en los supuestos en que un familiar a cargo de un reagrupante, que no ostenta la condición de beneficiario, ha obtenido la residencia legal por tal vía. Dicho familiar tiene cubierta la asistencia sanitaria por el reagrupante

que debe mantenerla durante todo el tiempo de residencia legal como dinámica propia e inescindible del derecho. Y esta cobertura debe ser calificada de obligatoria en tanto que viene impuesta legalmente y con permanencia durante todo el tiempo de residencia del reagrupado en el Estado de acogida. Si ello es así, la protección que se pide con cargo a los fondos públicos es innecesaria por estar ya cubierta por otra vía legal, aunque sea a cargo de un tercero que se ha obligado a dar cumplimiento a esa exigencia normativa.

Esa conclusión, se puede corroborar con las previsiones que el propio RD 1192/2012 establece en orden a las excepciones que contempla a la hora de identificar la cobertura obligatoria, entre las que no figura la que aquí se está analizando, a pesar de que su ámbito personal de afectación alcanza a extranjeros residentes en España.

Del mismo modo y respecto de la documentación por medio de la cual se debe dejar constancia de que no se tiene cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, el RD 1192/2012, le basta con una declaración responsable del interesado en el que se ponga de manifiesto la falta de cobertura de la asistencia sanitaria. Ello no impide que la Entidad Gestora, a los efectos de resolver la solicitud, pueda recabar de los órganos administrativos competentes -Registro Central de Extranjeros, a tenor del art. 4 y 3.2 c) de la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio- los datos necesarios para verificar la concurrencia de la condición de asegurado, tal y como se recoge en el art. 3 bis.3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y constatar la realidad de su condición de residente legal y de concurrencia del seguro de enfermedad que debe justificarse para la necesaria inscripción".

VIII. Comentario jurídico crítico

La protección universal del derecho a la salud se ha venido configurando como una cuestión conflictiva que, en principio, se ha vinculado al sistema de protección social de la Salud y solo ante la ausencia de dicho título es entonces cuando ha entrado en juego el título de residencia legal^[2]. De acuerdo con este criterio, han quedado durante algún tiempo fuera del disfrute de este derecho las personas inmigrantes en situación irregular administrativa. Sin lugar a dudas, este hecho ha sido objeto de fuertes críticas y duro debate político, ya que no logra entenderse cómo de una configuración legal se puede limitar derechos cuasi-fundamentales únicamente por el hecho de la situación legal y administrativa en España^[3]. En efecto, el mismo Tribunal Constitucional ha reconocido esta injusta cuestión al afirmar que "la asistencia sanitaria pública no es un Derecho que haya de ser reconocido a los extranjeros en igualdad de condiciones que los españoles" (Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2000, de 10 de abril). Y, de igual modo, en lo que respecta al reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas (CCAA) el Alto Tribunal recuerda que "la normativa básica estatal cierra toda posibilidad a las normas autonómicas de desarrollo para configurar un sistema de acceso a las prestaciones sanitarias que no atienda a los conceptos de asegurado o de beneficiario que han establecido las bases recogidas en el artículo 3 de la Ley 16/2003" (STC 134/2017, de 16 de noviembre).

El estatuto jurídico constitucional que ha diseñado el Tribunal Constitucional (TC), a raíz de la previsión establecida en el artículo 13.1 de la Constitución Española (en adelante CE)^[4], debe seguir tres parámetros básicos que habilitan esta diferenciación entre nacionales y extranjeros^[5], a saber: 1) El derecho a la salud, por su ubicación en la Carta Magna, no es un derecho fundamental de máximo nivel de protección ex artículo 53 de la CE (aunque sí lo es desde una significación jurídica más general en la normativa internacional y europea a la que se remite ex art. 10.2 CE). Se trata de un principio rector de la política social y económica (artículo 43 de la CE) que se relaciona con los derechos fundamentales a la vida, la dignidad humana, la integridad (física y psíquica) y la intimidad personal^[6]. 2) Erróneamente ha afirmado el Tribunal Constitucional que se trata éste de un derecho prestacional y de configuración legal que podrá ser limitado por el legislador atendiendo a los intereses públicos y la disponibilidad presupuestaria. A este respecto, recuerda el Auto del Tribunal

Constitucional 96/2011, de 21 de julio que: " ... la sostenibilidad del sistema sanitario público impone a los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización del gasto sanitario, necesarias en una situación caracterizada por una exigente reducción del gasto público, de manera que las administraciones públicas competentes tienen la obligación de distribuir equitativamente los recursos públicos disponibles y favorecer un uso racional de este Sistema". De modo que, con este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional avala la primacía de una racionalidad económica antes que el respeto a una racionalidad social^[7] tendente al mantenimiento de un derecho a la ciudadanía inclusiva en condiciones de igualdad, de acuerdo con lo que establecen los derechos constitucionales^[8] . 3) El legislador dispone de plena libertad para configurar este derecho, tal y como dispone el Constitucional en su sentencia 236/2007, de 7 de noviembre: "... el legislador puede tomar en consideración el dato de su situación legal y administrativa en España, y exigir a los extranjeros la autorización de su estancia o residencia como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales que por su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma ley establece para entrar y permanecer en territorio español".

El amplio margen que el Tribunal Constitucional concede al legislador español le lleva a operar una clasificación tripartita de los derechos fundamentales que les corresponde a los extranjeros en España (STC 236/2007): A) Aparecen aquellos derechos fundamentales que les corresponden a todos los extranjeros en igualdad de condición que a los españoles, debido a que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana como fundamento del orden político español (entre otros se encuentra el derecho a la vida, integridad física, derecho a la intimidad, a la asistencia jurídica, derecho a la educación y la libertad ideológica). B) El Alto Tribunal español se refiere a los derechos que la Constitución reconoce a los extranjeros y que se engloban bajo fórmulas jurídicas impersonales (se habla aquí de los derechos fundamentales de reunión y de asociación)^[9] .

Finalmente, C) se identifica una tercera categoría cuya titularidad de derechos corresponderá a los extranjeros en la medida en que así lo reconozcan los tratados y las leyes. Se tratan, por tanto, de derechos que la Constitución no atribuye directamente a los extranjeros, pero que el legislador puede extender a los extranjeros "aunque no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles". En este caso "... al regular tales derechos la libertad del legislador es más amplia, ya que puede modular las condiciones de ejercicio en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros" o tomar en "consideración el dato de su situación legal o administrativa en España". En este punto se presenta el derecho a la salud y el derecho a la protección por desempleo en España.

Por lo tanto, siguiendo estrictamente lo preceptuado por la CE y de conformidad con la interpretación dada por el Tribunal Constitucional, el derecho a la salud habrá de estar a lo dispuesto por su normativa legal específica para así determinar el alcance de la cobertura sanitaria para los inmigrantes^[10]. Sin embargo, olvida aquí el Constitucional y el legislador que la salud se concreta en el derecho a la asistencia sanitaria, la cual engloba ampliamente a todos los ciudadanos. En efecto, la protección a la salud y a la asistencia sanitaria constituye un pilar fundamental del constitucionalismo democrático-social mundial y europeo, de ahí que se configure el derecho a la salud como un derecho humano fundamental de carácter primario y esencial para el logro de una ciudadanía inclusiva^[11]. Por lo tanto, independientemente de la condición administrativa del extranjero, todas las personas son titulares de los derechos fundamentales reconocidos en los Convenios Internacionales y Declaraciones Universales de Derechos Humanos reconocidos por el Estado español. Al configurarse la asistencia sanitaria como un derecho subjetivo no cabe pues, separar el derecho reconocido ex artículo 41 CE –derecho a la Seguridad Social– del reconocido ex artículo 43 CE –derecho a la protección de la salud. Distinto de lo anterior será que el derecho a la asistencia sanitaria se preste a través del Sistema Nacional de Salud^[12].

Justamente, en este contexto, es en donde se sitúa la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de Mayo de 2019 (núm. 364/2019). Y es que, a pesar de las innumerables sentencias favorables en donde se reconoce el acceso a la sanidad pública de los inmigrantes reagrupados, lo cierto es que con este pronunciamiento el Supremo da un giro de 180 grados que hace tambalear peligrosamente las bases mismas del sistema de Seguridad Social español. En efecto, el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha dictaminado que los padres y madres de ciudadanos españoles deben contar con prestación sanitaria por vía de seguro privado.

La razón que justifica esta decisión del Tribunal Supremo se centra en factores meramente económicos. Así es, se dice en esta sentencia que todo ciudadano reagrupado y sin empleo debe acreditar, para poder residir como tal, la tenencia de unos medios económicos suficientes para atender las necesidades de la familia, incluyendo la asistencia sanitaria mediante un seguro de enfermedad, público o privado, contratado en España o en otro país. De modo que la familia del ciudadano que solicita la reagrupación no se convierte en una carga para la asistencia social en España durante su residencia".

Al término, con esta sentencia se ha dado preferencia a los intereses económicos antes que a las necesidades sociales de ciudadanos que cumplen con los requisitos legales para poder residir en España. Por ello entiendo que ni el legislador, ni tampoco la doctrina judicial pueden apoyar su razonamiento en un argumento meramente económico para así limitar rigurosamente un derecho cuasi-fundamental, que conecta de manera inescindible con los derechos fundamentales a la vida e integridad física (artículo 15 de la CE) y la dignidad humana (artículo 10 de la CE).

La salud, en su configuración jurídica compleja e integrada con otros derechos fundamentales, aparece referido a nivel internacional como un derecho humano universal, toda vez que se atribuye a toda persona, con independencia de su situación legal o ilegal, lo cual resulta coherente en su dimensión subjetiva con la elevación del reconocimiento de la "persona" en los textos de rango fundamental. En esta línea, cabe citar el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 12 del Pacto Internacional ("derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"). Asimismo, no cabe olvidar las referencias expresas que a este derecho universal se hacen en otros textos internacionales, a saber: la Declaración Universal de Derechos del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Carta Social Europea. Finalmente, merece una especial mención el Convenio número 97 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y que España ha ratificado, por lo que de conformidad con el mismo "... todos los trabajadores inmigrantes, con independencia de su nacionalidad, quedaron equiparados a los españoles en términos absolutos, con las únicas excepciones de la gente del mar, los autónomos, los fronterizos y los artistas liberales en breve estancia".

El mismo Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ya ha insistido en que a la salud habrá de otorgársele el "más alto nivel posible", por lo que habrá que tener en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado (Artículo 12, en su párrafo 1). Por todo ello, no cabe entender a la salud (tal y como dispone la Constitución Española en su artículo 43) como un simple principio programático. Así es, como derecho atribuido a la "persona" no puede quedar limitado a los "ciudadanos" (o mejor dicho, a determinados ciudadanos en situación de legalidad administrativa), lo que debe ser asimismo extensible a todas las personas que se encuentren en el espacio de la Unión Europea (UE) y que requieran de atención sanitaria en cualquiera de sus manifestaciones. Para el colectivo comunitario la salud constituye un elemento esencial para la protección de la dignidad humana, es por ello que el mismo artículo 2 del Tratado de la Unión Europea de 2002 proclame que: "La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos

valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres". De igual modo, el apartado primero del artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) dispone que "al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana", lo ya de por sí evidencia el elevado impacto que se reconoce a la tutela sanitaria en cuanto inspiradora de la agenda comunitaria. En efecto, dicho precepto (en sintonía con lo dispuesto a nivel internacional) consigna como principio transversal del ordenamiento jurídico europeo la garantía de un alto nivel de protección de la salud humana, puesto que se trata éste de un derecho que incide en diversos campos de actuación que exceden más allá del asistencial sanitario propiamente dicho. Se trata éste de un derecho social supeditado a las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Por ello, la sentencia del Supremo basa su fundamentación en la crucial reforma del sistema sanitario que se introdujo mediante "RD-ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad" y por la que se modificaba los conceptos de asegurado y beneficiario de las prestaciones sanitarias. Esta reforma, que acababa con la sanidad universal limitando el acceso a colectivos migrantes, fue modificada en parte gracias a la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud. Ciertamente, el derecho a la salud se configura como un derecho de ciudadanía, de carácter universal y no solamente ligado a la residencia, por lo que se extiende también el derecho (si bien con alguna limitación) a las personas que se encuentren irregularmente en España y cuyo acceso había quedado vetado tras la entrada en vigor del Real Decreto 1192/2012.

A día de hoy, se prevé que las personas extranjeras no registradas ni autorizadas como residentes en España tienen derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que las personas con nacionalidad española, sin embargo ¿qué ocurre cuando el extranjero sí reúne los requisitos legales para residir en España? Para el Supremo, tras esta sentencia de 13 de Mayo de 2019, la respuesta será de denegación de este derecho. Por lo que, al término está provocando una grave discriminación entre inmigrantes en razón de su condición administrativa y situación económica. Es decir, que mientras que un inmigrante irregular tendrá acceso a la protección de la salud, aun cuando no disponga o se le haya denegado un seguro privado, por contra aquellos extranjeros que cumplan con todos los requisitos legales serán excluidos. En este sentido, no se entiende (como bien indica el voto particular formulado por el Magistrado Don Fernando Salinas Molina y al que la Magistrada Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga) como al tratarse de un inmigrante con residencia legal se entra ahora a valorar la condición de asegurado. Argumentan sendos magistrados lo siguiente: "...la Seguridad Social no debe entrar a valorar si una persona tiene derecho o no a la asistencia, al igual que a los beneficiarios de una prestación de incapacidad permanente absoluta un determinado beneficio no sería lógico que la autoridad que lo concede pudiera cuestionar si tiene o no derecho a la referida prestación de incapacidad".

IX. Apunte final

La reforma que ha operado a través del Real Decreto 7/2018 ha supuesto un antes y un después en materia de inmigración, pues cubre un vacío legal importante que anteriormente había quedado desprovisto de protección. Sin embargo, cabe criticar el panorama algo confuso que ha propiciado respecto de los ciudadanos comunitarios y otros colectivos en situación de especial vulnerabilidad. Incluso, para los mismos inmigrantes regulares se imponen algunos trámites que dificultan seriamente el acceso a las prestaciones sanitarias en igualdad que los nacionales. Se precisa en esta materia de una normativa más incisiva, valiente, respetuosa y coherente con las distintas situaciones de necesidad, que no pierda el rumbo y proteja a todas las personas. Siendo la salud un tema nuclear no se comprende como en las distintas naciones europeas y, por ende, en España se permite esa diferenciación y estratificación poblacional en función de los requisitos de nacionalidad, legalidad y/o

económicos del sujeto solicitante de cobertura sanitaria. En todo momento la norma ha de garantizar el principio de seguridad jurídica y transparencia, a fin de que se eviten situaciones irreversibles y de salud pública.

El riesgo para la democracia constitucional –que se materializada en la garantía efectiva de un conjunto integrado de derechos fundamentales- es la fuerte tendencia hacia la consagración de un “Estado de seguridad”, de control social permanente y selectivo con una multiplicidad de expresiones, a saber: la atribución selectiva de derechos a las personas, imposición del principio de tolerancia cero, invasión de las comunicaciones, encarcelamiento de migrantes sospechosos de terrorismos o inmigrantes ilegales, percepción de la inmigración como “peligrosidad social”..., etcétera^[13]. En este sentido, impera todavía una concepción restrictiva de la noción de “ciudadanía” (en el sentido iusliberal tradicional de “ciudadanía nacional”) y, asimismo, una racionalidad mercantilizadora y economicista del mercado de trabajo que resulta contraria al pleno respeto del derecho a la salud y asistencia sanitaria y, en general, restrictiva en relación al *título de atribución subjetiva plena* de los derechos de protección social de las personas migrantes (que debería estar más estrecha y coherentemente vinculado a la persona como tal y a la condición de residencia).

Referencias:

1. ^ Engisch, k: *Introducción al pensamiento jurídico*, edición al cuidado de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares, 2001, pág. 163.
2. ^ García Murcia, J y Rodríguez Cardo, I.A: "Asistencia sanitaria transfronteriza en el ámbito de la Unión Europea: de la Seguridad Social a una regulación específica", *Foro-Nueva época*, vol.17, núm.1, 2014, pág.312. Sánchez-Rodas Navarro, C: *La residencia en España desde el prisma del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2014.
3. ^ Tortuero Plaza, J.L: "El derecho a la asistencia sanitaria: asegurados y beneficiarios", en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *Los retos actuales de la asistencia sanitaria española en el contexto de la Unión Europea*, Murcia, Ediciones Laborum, 2016, pág. 60. Sánchez-Rodas Navarro, C: "Asistencia médica universal y ¿gratuita? a los extranjeros en España: el dictamen motivado 2009/2341 de la Comisión Europea contra España", *Revista Internacional de la Protección Social*, Vol. III, nº1, 2018, pág.1.
4. ^ "1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley".
5. ^ Artículo 1.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEXIs): "Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española".
6. ^ De ahí que, una parte de la doctrina se refiera a él como un derecho cuasifundamental o cuasiconstitucional. Ver Arzola Astacio, H. L: "Derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros", *Revista Gabilex*, nº11, 2017, págs. 125 y siguientes.
7. ^ Monereo Pérez, J.L y Ortega Lozano, P.G: "La universalidad del derecho social fundamental a la asistencia sanitaria en cuestión y el derecho al autogobierno autonómico", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº16, 2018, pág. 33.

8. ^ López Insua, B.M: "La Seguridad Social de los trabajadores migrantes", en VV.AA., Monereo Pérez, J.L, Tulio Barroso, F y Las Heras, H (Dir.); Maldonado Molina, J.A y Moreno Vida, M^a.N (Coords), *El futuro del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en un panorama de reformas estructurales: Desafíos para el trabajo decente*, Murcia, Laborum, 2018, págs. 583-614.
9. ^ *Se trata de derecho que deben ser reconocidos a todos los extranjeros, independientemente de que sean o no residentes legales. No obstante, el Constitucional reconoce que el legislador puede establecer "condicionamientos adicionales" respecto a su ejercicio que, "si bien ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales"*.
10. ^ Saura Súcar, M: "La prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social a los extranjeros", *Revista electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, nº 94 (99), 2001, pág. 2.
11. ^ Monereo Pérez, J.L: "La salud como derecho humano fundamental", *Relaciones Laborales*, nº9, 2014, págs. 1-15 en su versión digital. Del mismo autor, "La coordinación comunitaria de los sistemas de asistencia sanitaria (I y II)", *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, Nº 5-6, 2010, págs. 69-94, y 59-86, respectivamente. En esta misma línea, Tortuero Plaza, J.L: "El derecho a la asistencia sanitaria: asegurados y beneficiarios"...ob.cit. Más recientemente, Monereo Pérez, J.L: "La garantía jurídica del derecho social fundamental a la salud y la asistencia sanitaria", en VV.AA: *La Protección Social de la Salud en el marco del Estado del Bienestar. Una visión nacional y europea*, Moreno Vida, M.N., Díaz Aznarte, M.T. (Dir.), Gijón Sánchez, M. (Coord.), Granada, Comares, 2019, págs. 3-68.
12. ^ Monereo Pérez, J.L, Molina Navarrete, C, Quesada Segura, R y Maldonado Molina, J.A: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2019.
13. ^ *Puede consultarse, al respecto, Monereo Pérez, J.L: Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, espec., capítulo III. III. 6 ("La 'criminalización' de los más débiles: el advenimiento del "Estado penal" o "Estado de Seguridad" y las políticas migratorias "represivas", págs. 551-631, y la bibliografía allí citada.