

El derecho a la salud y la prohibición de regresividad: ¿infringen las restricciones para inmigrantes el contenido esencial?*

The Right to Health and the Prohibition of Regressive Measures: do the Restrictions for
Immigrants Infringe the Minimum Core?

María Dalli **

Resumen: A partir de la discusión en torno a la regresividad de los derechos y los límites a su justificación, este trabajo trata de delimitar cuándo las medidas regresivas que afectan a la titularidad del derecho a la salud pueden quedar justificadas y cuándo, por el contrario, no se cumplirían requisitos previos como la legitimidad del fin y el respeto del contenido esencial del derecho. Se estudia si la reducción del gasto puede suponer un fin legítimo para establecer regresiones y se sugiere una definición del contenido esencial del derecho a la salud a partir de la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Estos parámetros se aplican, con posterioridad, al análisis de la regresividad que supuso el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, lo cual permite situar a las medidas restrictivas para el acceso a la sanidad de los inmigrantes en situación irregular en entredicho.

Abstract: From the discussion on the prohibition of regressive measures and the limits to its justification, this paper attempts to determine when restrictive measures for the access to the right to health can and cannot be justified, depending on whether requisites such as the legitimacy of the end of the norm and the respect for the minimum core of the right are infringed. The work analyses if the reduction in public expenditure can be considered as a legitimate end as well as suggests a definition of the minimum core of the right to health from the doctrine of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights of United Nations. These parameters are applied to the analysis of the Spanish Royal Decree-law 16/2012, 20th April, calling the restrictive measures imposed for undocumented immigrants into question.

Palabras clave: Regresividad, derecho a la salud, contenido esencial, inmigrantes, Sistema Nacional de Salud

Key words: Regressive measures, right to health, minimum core, immigrants, National Health System

Fecha de recepción: 20-9-2018

Fecha de aceptación: 9-10-2018

* El contenido de este trabajo se presentó en el Seminario de Teoría Crítica de la Universidad Carlos III de Madrid, el 11 de abril de 2018. Quiero agradecer a Carlos Lema, a Silvina Ribotta y a los participantes del seminario por la invitación así como por el sugerente y agradable debate posterior. El artículo se enmarca en el proyecto de investigación 'Transformaciones de la justicia: autonomía, inequidad y ejercicio de derechos', DER2016-78356-P, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

** Investigadora postdoctoral, con fondos de la Generalitat Valenciana y del Fondo Social Europeo, en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia (España).

1. Introducción

La prohibición de regresividad en el cumplimiento de los derechos ha sido desarrollada, principalmente, a través de la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (en adelante, Comité DESC), como correlativa a la obligación de progresividad reconocida en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC)¹. Uno de los aspectos a tener en cuenta en el marco de la prohibición de regresividad es la obligación de justificación que surge como consecuencia de la adopción de una medida regresiva. Sin embargo, las posibilidades de justificación podrían venir limitadas si no se cumplen determinados requisitos, como la legitimidad del fin de la norma y el respeto al contenido esencial del derecho afectado. El objetivo principal de este trabajo es aplicar la teoría de los límites a la regresividad al análisis de las medidas que restringen la titularidad del derecho a la salud. De un lado, la relevancia que adquiere la legitimidad del fin viene determinada por el contexto actual de crisis económica en el que se aprueban numerosas normas restrictivas para los derechos sociales con una justificación de carácter económico y, principalmente, de contención del gasto público. De otro lado, se analiza cuándo puede considerarse que las restricciones a la accesibilidad universal infringen el contenido esencial del derecho a la salud y cuándo, por el contrario, quedan fuera de ese mínimo inderogable de modo que las medidas regresivas pueden quedar justificadas. Como caso de estudio, se analiza el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril², como ejemplo de medida regresiva para el acceso a la sanidad de los inmigrantes en situación irregular. Si bien esta regulación ha dejado de estar vigente tras la aprobación del Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio³, su análisis sigue resultando pertinente para tratar de determinar las implicaciones de este tipo de medidas para el cumplimiento del derecho a la salud, así como para el respeto de su contenido esencial.

En cuanto a la estructura del trabajo, en primer lugar, se atiende a la prohibición de regresividad y al requisito de la legitimidad del fin de las normas regresivas. Posteriormente, se trata la necesidad de respetar el contenido esencial de los derechos y se sugiere una delimitación del contenido esencial del derecho a la salud en relación con su titularidad universal. En tercer lugar, se analiza la regresividad del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril y, con ello, de las medidas restrictivas del acceso a la sanidad para la población inmigrante sin residencia legal. Finalmente, se concluye el trabajo.

¹ Naciones Unidas, 'Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales', 1966.

² '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', *Boletín Oficial del Estado*, 24 de abril de 2012, núm. 98.

³ 'Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud', *Boletín Oficial del Estado*, 30 de julio de 2018, núm. 183.

2. Regresividad y legitimidad del fin

El artículo 2.1º del PIDESC establece una obligación de progresividad. En este sentido, los Estados deben adoptar medidas ‘especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos’⁴. Como obligación correlativa a la progresividad, se sitúa la prohibición de regresividad. Es decir, cuando se aprueba una medida regresiva que tiene como efecto la limitación o derogación de un derecho, se crea una presunción de incumplimiento del derecho humano en cuestión por parte del Estado, que deberá justificar la legitimidad de la norma regresiva en una serie de elementos. El Estado ha de demostrar, según la Observación General núm.14 del Comité DESC en desarrollo del derecho a la salud (en adelante, OG núm. 14)⁵: a) Que se ha realizado un examen exhaustivo de todas las alternativas posibles, siendo la finalmente aprobada la menos lesiva para los derechos; b) Que la medida está debidamente justificada por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto; c) Que se ha hecho un aprovechamiento pleno del máximo de los recursos disponibles del Estado (párr. 47).

La regresividad o reversibilidad ha sido interpretada por Añón como la adopción de medidas que empeoren la situación de los derechos sociales en cuanto a la titularidad y al contenido de los mismos, tomando en consideración el grado de disfrute del derecho que existía con anterioridad a la adopción de la medida regresiva⁶. Atendiendo a las características de la reversibilidad, Ponce incluye entre las medidas regresivas aquellas que cumplen dos características: son regresivas las medidas que suponen una menor prestación o un ‘recorte’ en el contenido del derecho, y que, además, conllevan consecuencias desfavorables para el ciudadano⁷. Además de la afectación al contenido del derecho, o al catálogo de prestaciones, parece conveniente entender como medidas regresivas también las que afectan al acceso a las mismas, por ejemplo, imponiendo restricciones a determinados colectivos. Por otra parte, Pisarello señala dos interpretaciones posibles de la prohibición de regresividad⁸. Una interpretación configura la regresividad como un principio

⁴ Naciones Unidas, ‘Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales’, 1966, artículo 2.1º.

⁵ Comité DESC, ‘Observación General nº. 14, el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud’, E/C.12/2000/4, 2000.

⁶ Añón Roig, M. J., ‘¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?’, *Derechos y Libertades*, nº 34, Época II, 2016, pp. 57-90, p. 62.

⁷ Ponce, J., *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos*, Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2013, p. 23.

⁸ Pisarello Prados, G., ‘Derechos sociales y principio de no regresividad en España’, en Courtis, Ch. (Ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, pp. 307-328, p. 322.

débil que únicamente prohibiría las reducciones graves o supresiones totales del contenido de un derecho social, mientras que otra posibilidad es interpretar la prohibición de regresividad como una obligación más exigente en conexión con la determinación de un contenido esencial y el examen del fin de la medida regresiva. Por ejemplo, Añón se sitúa en esta segunda línea. La autora concluye que, al adoptarse una medida regresiva, no se realizaría automáticamente el juicio de proporcionalidad, sino que este juicio es subsidiario a la determinación de que se cumple el contenido esencial del derecho y la legitimidad del fin de la medida que se examina⁹. De modo que, si la norma regresiva no tuviera un fin legítimo, o violara el contenido esencial de un derecho, entonces, no cabría la realización del juicio de proporcionalidad, pues la norma constituiría directamente una violación del derecho en cuestión que no sería posible justificar. Así pues, este trabajo parte de la consideración de que es esta segunda interpretación de la prohibición de regresividad la más adecuada a fin de garantizar el cumplimiento de los derechos sociales.

Los elementos de la prohibición de regresividad recuerdan en cierto modo a los pasos del juicio de proporcionalidad, según el cual se analiza la legitimidad del fin de una norma, la adecuación o idoneidad de la misma, la necesidad de su aprobación y, por último, si existe un equilibrio entre los beneficios que se obtendrían con la aplicación de la medida y los daños para otros bienes constitucionalmente relevantes (proporcionalidad en sentido estricto)¹⁰. A través del juicio de proporcionalidad, pues, se requiere que cualquier decisión restrictiva de los derechos, entendidos en Alexy como principios o mandatos de optimización, esté justificada de una forma particular¹¹. Algunas veces se excluye del juicio de proporcionalidad el test de legitimidad de la norma, el cual debe haber ya superado una fase previa. El juicio de proporcionalidad en este sentido incluiría pues tres etapas: la idoneidad (si la medida adoptada por el Estado es idónea para fomentar el fin estatal legítimo), la necesidad (si la medida pudo haber sido evitada a través de la adopción de otras medidas menos restrictivas), y la proporcionalidad en sentido estricto (la relación entre la intensidad de la restricción al derecho y la importancia de la satisfacción de los derechos que el Estado persigue a través de la medida apropiada)¹². Así pues, cuando están en juego derechos fundamentales, es interesante atender a una interpretación conjunta de ambos

⁹ Añón Roig, M. J., ¿Hay límites a la regresividad...? *cit.*, p. 65.

¹⁰ Véase, al respecto, Gascón Abellán, M., 'Particularidades de la interpretación constitucional', en Gascón Abellán, M. y García, Alfonso J., *La argumentación en el Derecho*, Lima: Palestra Editores, 2003, pp. 265-313, p. 299; Prieto Sanchis, L., 'Neoconstitucionalismo y ponderación judicial', *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 5, 2001, pp. 201-228, p. 221.

¹¹ Alexy, R., *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2002.

¹² Clérico, L., 'Examen de proporcionalidad y objeción de indeterminación', *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº. 21, 2015, pp. 73-99, p. 76. Clérico, L., *El examen de proporcionalidad en el Derecho Constitucional*, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2009.

test justificatorios: el desarrollado por el Comité DESC de Naciones Unidas (en adelante, NNUU) en relación con la prohibición de regresividad, y el juicio de proporcionalidad que es utilizado por los tribunales para examinar cuando una norma restrictiva de derechos puede estar justificada.

Por lo que respecta a la legitimidad del fin de la norma regresiva, el Comité DESC ha señalado que una simple alegación de falta de recursos o la existencia de una crisis económica no constituirían razones suficientes para justificar su aprobación (OG núm. 14, párr. 32 y 47). De ello parece derivarse que el fin habría de ser en cierta forma considerado legítimo para poder establecer restricciones a los derechos reconocidos en el Pacto¹³. Asimismo, el Comité considera que si la medida regresiva resulta incompatible con las obligaciones básicas constituiría en todo caso una violación de las mismas y una vulneración del derecho en cuestión, pues no se puede en ningún caso justificar su incumplimiento, siendo estas obligaciones inmediatas y mínimas o inderogables (OG núm. 14, párr. 47-48). En resumen, cuando se trata de evaluar las normas que resultan restrictivas para los derechos humanos, parece conveniente entender de forma separada la legitimidad y la justificación de las mismas. De acuerdo con el juicio de proporcionalidad, se han de superar una serie de pasos justificatorios. Pero antes de analizar la *justificación* de la norma regresiva, de acuerdo con la doctrina del Comité DESC, se ha de atender a su *legitimidad*. Para ello el fin habrá de ser legítimo y la norma habrá de respetar el cumplimiento de obligaciones básicas.

En este apartado el análisis se centra en la legitimidad del fin. En cuanto al modo de determinar la legitimidad del fin de una norma regresiva, se trata de examinar si se respetan unas exigencias mínimas. No se atendería al caso concreto, pues la legitimidad del fin en el caso ya se trabaja de alguna forma en la proporcionalidad en sentido estricto¹⁴. La determinación de la legitimidad del fin, de un lado, hace referencia a los fines que están admitidos y excluidos por el ordenamiento jurídico, y, de otro lado, está relacionada con la tesis de que los derechos tienen prioridad frente a otras consideraciones¹⁵. Cabe pensar en fines reconocidos constitucionalmente, así como en una mejora de otros derechos, que tendrían un mayor peso que otras consideraciones¹⁶. Así pues, en primer lugar, la norma regresiva no ha de perseguir un fin prohibido por el

¹³ Rossi, J., 'La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales', pp. 79-118; Sepúlveda, M., 'La interpretación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la expresión 'progresivamente'', pp. 117-152, en Courtis, Ch. (Ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, p. 90 y p. 135, respectivamente.

¹⁴ Clérico, L., *El examen de proporcionalidad... cit.*, p. 97.

¹⁵ Añón Roig, M. J., *¿Hay límites a la regresividad...? cit.*, pp. 80 y 83.

¹⁶ Klatt, M. y Meister, M., 'Proportionality - a benefit to human rights? Remarks on the I-CON controversy', *Oxford University Press and New York University School of Law, I-CON*, vol. 10, n° 3, 2012, pp. 687-708, p. 691.

ordenamiento jurídico¹⁷. En segundo lugar, el fin ha de estar admitido o reconocido. Por ejemplo, la promoción del bienestar general. En general, el PIDESC reconoce la posibilidad de establecer limitaciones a los derechos que estén únicamente ‘determinadas por ley, solo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática’ (art. 4). Como ha detallado Rossi, esta norma impone tres requisitos diferenciados: 1) las medidas restrictivas deben ser adoptadas por ley; 2) ello debe hacerse en pos del bienestar general en una sociedad democrática; y 3) han de ser compatibles con la naturaleza de los derechos recogidos en el Pacto¹⁸. Así, las medidas que restringen un derecho, como es la atención sanitaria, han de adoptarse mediante ley, lo que significa, de acuerdo con los Principios de Limburgo relativos a la aplicación del PIDESC, legislación nacional de aplicación general, clara y accesible para todos¹⁹.

En cuanto a los fines legítimos, cabe considerar que tiene un fin legítimo una medida que restrinja un derecho con la finalidad de mejorar el nivel de cumplimiento de otro de los derechos reconocidos, por ejemplo, en el PIDESC, de forma directa o indirecta. Según el Comité, la medida está debidamente justificada por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto (OG núm. 14, párr. 32). Piénsese, por ejemplo, en una norma que reduzca el gasto en sanidad, limitando con ello algún elemento del derecho a la salud, pero cuya finalidad es el aprovechamiento de los recursos resultantes dirigidos a la provisión de becas para el estudio, en una situación de reducida accesibilidad a la educación, y así se hace constar como fin de la medida regresiva. En este caso, si bien el fin perseguido es el ahorro económico, el objetivo que se pretende conseguir con ello es la mejora del disfrute del derecho a la educación. Si, por el contrario, la finalidad de una norma regresiva es la reducción del gasto público, independiente de otras consideraciones, tal y como ha señalado el Comité DESC, ello no constituye una razón suficiente (OG núm. 14, párr. 32 y 47).

Ahora bien, cabe atender a cuáles son estas consideraciones que pueden motivar la adopción de una medida regresiva con la finalidad de reducir el gasto público, pues algunos fines responden a principios que pueden ser reconocidos por los ordenamientos jurídicos. De ser admitidos como legítimos para la limitación de los derechos, podrían derivar en el cumplimiento del requisito de la legitimidad del fin. La aprobación de este tipo de medidas, precisamente, es muy común en el contexto de crisis económica, y las consideraciones económicas son un motivo alegado de forma frecuente en los preámbulos de las normas que han recortado prestaciones sociales, por ejemplo,

¹⁷ Clérico, L., *El examen de proporcionalidad... cit.*, p. 85.

¹⁸ Rossi, J., ‘La obligación de no regresividad... cit.’, p. 100.

¹⁹ Naciones Unidas, ‘Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales’, Maastricht, 1986, principios 48 y 50.

en España. Jurisprudencialmente, las circunstancias económicas ya habían sido tenidas en cuenta como motivo para la regresión en derechos sociales, consideradas como fin legítimo por el Tribunal Constitucional²⁰.

En este punto cobran interés los conceptos de estabilidad presupuestaria y de estabilidad económica, que en el ordenamiento jurídico español serían fines constitucionalmente válidos para la adopción de medidas regresivas en derechos sociales. Así pues, en este caso, se tiene en cuenta el principio de constitucionalidad para determinar la validez de las normas. De una parte, el principio de estabilidad económica del artículo 40 de la Constitución española es un concepto amplio que puede hacer referencia a otros valores como el pleno empleo, o el progreso social y económico, y por ello no habría de suponer necesariamente limitaciones para los derechos sociales²¹. De otro lado, nos encontramos en el texto constitucional con el principio de estabilidad presupuestaria, el cual tiene un alcance más restringido que el anterior. Se trata de una cuestión que ha adquirido gran relevancia a partir de la inclusión del artículo 135 de la Constitución española, si bien el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ya reconocía este principio en su artículo 126, estableciendo límites de déficit y de deuda pública a los Estados²². Así pues, en la actualidad, el artículo 135 de la Constitución supone que, cuando se alcancen los límites de déficit público estructural o de deuda pública, no es posible aumentar el gasto por medidas sociales mientras no se atiende a aumentar los ingresos, salvo peligro para la situación financiera o para la sostenibilidad económica o social.

De acuerdo con Vaquer, el citado artículo reconoce un principio a ponderar con otros principios y derechos constitucionales, pero en caso de que se superen los límites de deuda o de déficit, por haber adquirido el principio un rango constitucional, la estabilidad presupuestaria operaría como una regla prohibitiva de cualquier otra actuación que conllevara aumento del nivel de deuda o de déficit, y el juicio de ponderación quedaría convertido en un juicio de subsunción²³. Ahora bien, el principio de estabilidad presupuestaria tiene asimismo excepciones, de acuerdo con el mismo artículo 135 de la Constitución, siendo estas el peligro para la situación financiera o para la sostenibilidad económica y social. Destaca la formulación ambigua y sobretodo confusa del precepto, pues la consecución de la sostenibilidad social puede contradecir la estabilidad presupuestaria que a su vez se reconoce como condicionante del Estado social. En cualquier caso, el concepto de 'sostenibilidad social del

²⁰ Tribunal Constitucional, Sentencias 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17, y 128/2009, de 1 de junio, FJ 4.

²¹ Vaquer Caballería, M., 'Derechos sociales, crisis e igualdad', *Informe Comunidades Autónomas 2011*, Barcelona: Instituto de Derecho Público, 2012, pp. 75-97, p. 81.

²² 'Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea', 2012/C 326/01, *Diario Oficial de la Unión Europea*, 26 de octubre de 2012.

²³ Vaquer Caballería, M., 'Derechos sociales...' *cit.*, p. 82.

Estado' constituye un criterio para apreciar una emergencia extraordinaria que exceptúe los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública del artículo 135 de la Constitución²⁴. Si bien la Constitución encargó al legislador orgánico su desarrollo, la Ley Orgánica 2/2012 de 27 de abril de Estabilidad Presupuestaria y Financiera²⁵, lo hizo en relación con los límites de gasto, pero no en relación con la excepción de la sostenibilidad social o económica. De esta forma, se necesita un desarrollo legislativo de este precepto e indicadores que midan cuando se perjudica la sostenibilidad social²⁶.

En resumen, la necesidad de reducir el gasto público puede constituir un fin legítimo para la adopción de medidas regresivas *solo si* se acompañan de otras consideraciones (y no independientemente de cualquier otra consideración, de acuerdo con el Comité DESC). En relación con esas consideraciones que serían válidas, pueden figurar: a) la mejora del cumplimiento de otros derechos fundamentales; b) los fines reconocidos como válidos como límites de los derechos (por ejemplo, el orden público, o el mantenimiento de la paz o seguridad, o el bienestar general), y, c) por último, atendiendo ya al contexto español, otros objetivos más estrechamente vinculados con las circunstancias económicas, por ejemplo, la estabilidad presupuestaria, tras su reconocimiento en el artículo 135 de la Constitución, siempre y cuando la sostenibilidad social no quede comprometida (de acuerdo con el mismo precepto constitucional). Si se cumplen las anteriores consideraciones, el fin de la norma regresiva podrá ser legítimo. Ahora bien, la legitimidad de la norma también requiere que se respete el contenido esencial y se garantice el cumplimiento de las obligaciones mínimas. Pasamos a analizar este aspecto de la prohibición de regresividad.

3. El contenido esencial del derecho a la salud

Cuando se evalúa la regresividad de una norma, se ha de dilucidar si la misma respeta el contenido esencial del derecho afectado. De ello dependerá, pues, la posibilidad de justificar la medida regresiva.

En este punto se distingue entre las teorías absolutas del contenido esencial, según las cuales el respeto al mismo no se determina ponderando, y las teorías relativas del contenido esencial, que determinan el mismo a través del juicio de proporcionalidad. Ahora bien, como señala Clérico, las teorías relativas tienen el riesgo de que tras el juicio de proporcionalidad quede un vaciamiento del contenido esencial del derecho²⁷. En relación con la

²⁴ Vaquer Caballería, M., 'Derecho a la vivienda y garantía de un mínimo vital. Algunas propuestas' *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 48, 2014, pp. 34-39, p. 38.

²⁵ 'Ley Orgánica 2/2012 de 27 de abril de Estabilidad Presupuestaria y Financiera', *Boletín Oficial del Estado*, núm. 103, 30 de abril de 2012.

²⁶ Ponce, J., *El derecho y la (ir)reversibilidad... cit.*, p. 118.

²⁷ Clérico, L., *El examen de proporcionalidad... cit.*, p. 89.

determinación del contenido esencial, la autora diferencia entre posiciones esencialistas, que entienden el contenido esencial como inamovible, y coherentistas, según las cuales las reglas que determinan el núcleo mínimo pueden ser desafiadas, si bien es altamente probable que las reglas no cambien²⁸. Se sigue aquí la teoría absoluta del contenido esencial, pues este se determina como paso previo al juicio de proporcionalidad. Ahora bien, mientras que, desde una diferenciación entre posiciones esencialistas y no esencialistas, el contenido esencial pasa a denominarse mínimo, no se diferencia aquí entre contenido mínimo o esencial. Estos conceptos serían, pues, sinónimos, si se entiende el mínimo como un nivel de indispensable cumplimiento por encima del cual cabe una mayor satisfacción. La defensa de un contenido mínimo no significa, pues, la reducción de los derechos a este mínimo; no se trata de entender el mínimo como la única satisfacción posible, sino que es un mínimo necesario por encima del cual caben mayores cuotas de satisfacción.

En cuanto a la determinación del contenido esencial, según Parra, este puede derivarse de las normas constitucionales, del bloque de constitucionalidad, los precedentes judiciales, los estándares de Derecho internacional de derechos humanos y el desarrollo doctrinal de los derechos fundamentales²⁹. Añón apuesta por la determinación del contenido esencial teniendo como base el principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, de modo que el contenido mínimo podría derivarse del principio de constitucionalidad y del bloque de constitucionalidad, del principio de convencionalidad y, por último, de la interpretación de los derechos sociales de forma interrelacionada con los derechos civiles y políticos³⁰. Se trata de determinar el contenido esencial a través de la interpretación, que no requiere la ponderación, pero sí, según Clérico, un conjunto de reglas provenientes de la jurisprudencia³¹.

Algunas pistas sobre el contenido esencial del derecho a la salud de acuerdo con el Derecho internacional de los derechos humanos las aporta el Comité DESC en su Observación General núm. 14 cuando establece el elenco de obligaciones mínimas que, en todo caso, han de cumplir los Estados (párr. 43): a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados; b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre; c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones

²⁸ *Ibid.*, p. 90.

²⁹ Parra, O., 'El contenido esencial del derecho a la salud y la prohibición de regresividad', en Courtis, Ch. (Ed.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006, pp. 53-78, p. 54.

³⁰ Añón Roig, M. J., ¿Hay límites a la regresividad...? *cit.*, p. 70.

³¹ Clérico, L., *El examen de proporcionalidad... cit.*, p. 97.

sanitarias básicos, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable; d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS; e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; y f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población.

Por lo que se refiere al ordenamiento jurídico español, es interesante a este respecto mencionar el artículo 158.1 de la Constitución, que prevé asignaciones presupuestarias del Estado para los servicios públicos fundamentales con la finalidad de garantizar un nivel mínimo de prestación en todo el territorio español. Este nivel mínimo se determina como el nivel medio de prestación de los servicios en el territorio nacional, según el artículo 15 de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre de Financiación de las Comunidades Autónomas, en su apartado primero, además de reconocer, entre otros servicios, la sanidad como servicio público fundamental³². Es relevante cómo este criterio de garantizar como mínimo el nivel medio de los servicios en todo el territorio nacional puede constituir un parámetro para la determinación de su contenido esencial. En este sentido, este artículo ha sido estudiado, entre otros, por Lozano y Añón. Así pues, Lozano ha señalado que, de esta forma, se caracterizan como servicios fundamentales los de sanidad, educación, y servicios sociales esenciales, que a su vez se reconocen como derechos sociales en la Constitución, y se asegura la garantía de una cobertura mínima de los mismos³³. Asimismo, Añón trae a colación este precepto como ejemplo que ilustra la existencia de criterios constitucionales claros que vinculan a los poderes públicos con la efectividad de los derechos y orientan en la determinación del contenido esencial³⁴. En relación con la sanidad, la imposición de pagos a los usuarios para el acceso a las prestaciones resultaría incompatible con el precepto constitucional, de acuerdo con Lozano³⁵.

Dado el objeto de estudio de este trabajo, resulta especialmente interesante la cuestión de si las restricciones a la titularidad universal forman parte del contenido esencial del derecho. A estos efectos, cabe en primer lugar diferenciar entre limitaciones a la accesibilidad y limitaciones al contenido del derecho. Anteriormente se han considerado como medidas regresivas aquellas que afectan tanto a la accesibilidad del derecho como al contenido del mismo, por ejemplo, restringiendo el nivel de prestaciones cubiertas. En cuanto a la

³² 'Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre de Financiación de las Comunidades Autónomas', *Boletín Oficial del Estado*, núm. 236, 1 de octubre de 1980.

³³ Lozano Serrano, C., 'Art. 158.1 CE: Límites al recorte y copago de servicios fundamentales', en Malvárez Pascual, L. y Ramírez Gómez, S. (Dir.), *Fiscalidad en tiempos de crisis*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 171-197, p. 183.

³⁴ Añón Roig, M. J., ¿Hay límites a la regresividad...? *cit.*, p. 71.

³⁵ Lozano Serrano, C., 'Art. 158.1 CE...', *cit.*, p. 191.

accesibilidad, si una medida disminuye tanto la accesibilidad económica como la accesibilidad física de un derecho humano, también se considera regresiva. Asimismo, las limitaciones a la accesibilidad parecen suponer restricciones para la universalidad de los derechos. Es decir, se sugiere una interpretación de la titularidad universal de la asistencia sanitaria que abarque el acceso real a los servicios, más allá del reconocimiento del derecho a la salud para todas las personas. De este modo, se atiende a las posibilidades que las personas tienen a su alcance para acceder al disfrute del derecho.

En este sentido, cabe determinar cuándo las restricciones a la titularidad o a la accesibilidad del derecho a la salud son medidas regresivas con posibilidad de ser justificadas y cuándo son regresivas de tal modo que afectan al contenido esencial del derecho y suponen en todo caso una violación del mismo. El análisis puede iniciarse atendiendo al supuesto contemplado por el Comité DESC como la primera de las obligaciones mínimas del derecho a la salud (OG núm. 14, párr. 43): *Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados*. Asimismo, el que fuera Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental mencionaba que las medidas regresivas que supongan una obstaculización del acceso a los servicios de salud deberán someterse al juicio de regresividad³⁶. Aquella se trata, en todo caso, de una obligación que hace referencia a los bienes y servicios de salud, por lo que la atención se centra, en concreto, en el derecho a la asistencia sanitaria, más que en otros componentes del derecho a la salud, como los determinantes sociales, que vienen referidos a través de otras obligaciones mínimas.

En primer lugar, cabe considerar que las denegaciones de acceso a los servicios sanitarios o el no reconocimiento formal del derecho a la salud afectan al contenido esencial, pues en estos casos la norma regresiva impide toda posibilidad de acceder a la asistencia sanitaria. En segundo lugar, cabe pensar en una norma regresiva que imponga obstáculos para acceder a los servicios sanitarios, imponiendo, por ejemplo, pagos o costes directos, sin que expresamente tenga lugar la denegación del acceso. Los posibles obstáculos, para respetar el contenido esencial, no pueden impedir el acceso a los servicios de salud. Además, se ha de respetar la prohibición de discriminación, y se ha de prestar especial atención a los grupos más vulnerables.

En este sentido, se ha de atender a las posibilidades materiales de acceso a los servicios de salud. Cuando los obstáculos, como la imposición del pago para acceder a los servicios sanitarios, no solo disminuyen las posibilidades de acceso, sino que materialmente lo impiden, ello afectará al contenido esencial, pues la accesibilidad de la asistencia sanitaria no queda garantizada. Sería el caso, por ejemplo, de imponer el pago de los servicios sanitarios a colectivos

³⁶ Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, A/HRC/7/11, 2008, párr. 97.

que no tienen ni la capacidad económica suficiente para afrontarlo, ni la requerida para acceder a servicios sanitarios privados. Puede ser que la norma directamente establezca las restricciones o bien que se trate de efectos desfavorables quizá buscados, pero no así expresados en la norma. Así, cabe pensar en supuestos en que la norma expresamente no restrinja el acceso a los servicios de salud, y, sin embargo, en la práctica, las consecuencias o los efectos que despliega impiden a determinadas personas acceder a los servicios. En estos casos se hará necesario atender no ya al texto de la norma sino a las consecuencias reales de la misma. Las personas afectadas en este sentido pueden pertenecer a un grupo vulnerable o no. Así, el Comité DESC se refiere a la obligación mínima de garantizar el acceso a los servicios sanitarios, en especial a los grupos vulnerables, sin limitar la protección únicamente a estos (OG núm. 14, párr. 43). Puede ser que a quien se impida el acceso a los servicios de salud no forme parte de lo que se considere como grupo vulnerable o marginado.

En resumen, se sugiere una delimitación del contenido esencial del derecho a la salud, por lo que se refiere a la titularidad o a la accesibilidad de la asistencia sanitaria, a partir del listado de obligaciones mínimas para el cumplimiento del derecho (OG núm. 14, párr. 43). En concreto, la primera de las obligaciones mínimas obliga a la garantía del derecho de acceso a los servicios de salud de forma no discriminatoria, en especial para los grupos vulnerables. Se sugiere, pues, que el contenido esencial del derecho queda afectado por las medidas regresivas que afectan a la accesibilidad de la asistencia sanitaria cuando: a) formalmente deniegan el acceso o la titularidad; b) cuando materialmente lo impiden, atendiendo en especial a los grupos vulnerables o marginados; c) cuando se establecen de forma discriminatoria. Se hace necesario, pues, prestar atención a las posibilidades reales de acceder a los servicios sanitarios. A continuación se aplican estas consideraciones a la evaluación de la regresividad de un caso práctico.

4. La regresividad del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril

A continuación se analiza la regresividad del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, que reguló las condiciones de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud español y se mantuvo vigente durante seis años aproximadamente, hasta la aprobación del reciente Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio. Se atiende, así pues, a las restricciones que la norma introdujo para la población inmigrante en situación irregular, aplicando a un caso práctico la discusión anterior en torno a la legitimidad del fin de las normas regresivas y al respeto del contenido esencial del derecho a la salud. Cabe mencionar que el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, ha pasado a reconocer las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud a todas las personas con nacionalidad española y a todas las personas extranjeras que tengan establecida su

residencia en el territorio español³⁷. Los inmigrantes en situación irregular pueden tener acceso en la actualidad a la asistencia sanitaria requerida, en igualdad de condiciones que los españoles, siempre que no tengan la obligación de acreditar la existencia de cobertura por otra vía, no puedan exportar su derecho de cobertura sanitaria desde sus países de origen, ni exista un tercero obligado al pago³⁸. El análisis, no obstante, sigue resultando de interés, para así tratar de determinar si este tipo de restricciones para los inmigrantes sin residencia legal (comunes en la actualidad³⁹) respetan la prohibición de regresividad de los derechos o, por el contrario, infringirían los límites que tal obligación impone, como el respeto del contenido esencial del derecho a la salud.

La aprobación y entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, supuso una serie de cambios sustanciales en materia sanitaria. Entre otras cuestiones, se reformó el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud⁴⁰ (en adelante, LCCSNS) estableciendo que para poder disfrutar de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud las personas habían de ostentar las categorías de ‘asegurados’ o ‘beneficiarios’. El precepto mencionado determinaba, pues, las circunstancias por las que se ostentaba la condición de asegurado, todas ellas relacionadas con la participación en el sistema de la Seguridad Social. Además, también se consideraban ‘asegurados’ aquellas personas españolas, ciudadanas de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza, o nacionales de terceros Estados con autorización de residencia, que acreditaran no superar un determinado límite de ingresos, inicialmente fijado en cien mil euros anuales por el Real Decreto-ley 1992/2012, de 3 de agosto⁴¹. Como ha entendido Lema,

³⁷ ‘Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud’, *Boletín Oficial del Estado*, 30 de julio de 2018, núm. 183. Artículo primero. Se modifica así el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, *Boletín Oficial del Estado*, 29 de mayo de 2003, núm. 128.

³⁸ ‘Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud’, artículo primero. ‘Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud’, artículo 3 ter.

³⁹ Doctors of the World, *Access to health care in 16 European countries*, 2017. Disponible en línea (consultado en octubre de 2018): https://mdmeuroblog.files.wordpress.com/2014/01/2017_final-legal-report-on-access-to-healthcare-in-16-european-countries.pdf. European Migration Network, *Migrant access to social security and healthcare: policies and practice*, Luxemburgo, 2013. Disponible en línea (consultado en octubre de 2018): https://www.emnluxembourg.lu/wp-content/uploads/2015/08/LU_Social-Security-Study_Final-2.pdf.

⁴⁰ ‘Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud’.

⁴¹ La mención según la cual el nivel de ingresos se determinaría reglamentariamente fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en la sentencia 139/2016, de 21 de julio, a la que se volverá a hacer referencia más adelante. ‘Real Decreto-ley 1992/2012, 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’, *Boletín Oficial del Estado*, 4 de agosto de 2012, núm. 186.

ello introdujo la idea de la beneficencia, al establecerse que solo las personas no aseguradas que acrediten no obtener unos determinados ingresos pueden beneficiarse de la asistencia sanitaria⁴². Asimismo, se apreciaban características del modelo de aseguramiento⁴³. Además de la categoría de los ‘asegurados’, también podían tener reconocida la asistencia sanitaria los ‘beneficiarios’ de un asegurado, categoría reservada para las personas con vínculo de parentesco o de dependencia con el mismo (artículo 3.4 LCCSNS).

De otro lado, los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en territorio español tenían únicamente reconocida la asistencia sanitaria de urgencia, atención al embarazo, parto y postparto así como asistencia sanitaria a los menores de edad (LCCSNS, art. 3 *ter*). Los inmigrantes adultos en situación irregular fueron, pues, el grupo más afectado por la regulación⁴⁴. Además, con posterioridad al Real Decreto-ley 16/2012, la Ley 22/2013 de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014⁴⁵ modificó la disposición adicional sexagésima quinta del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, estableciendo que las personas desempleadas sin derecho a prestación ni subsidio de desempleo perderían el reconocimiento de la asistencia a través del SNS en el caso de estar fuera del territorio español durante tres meses⁴⁶. Las personas no consideradas como aseguradas ni beneficiarias del SNS podían tener acceso a las prestaciones sanitarias mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial, figura regulada por el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio⁴⁷, cuyo artículo 6 establece una cuota mensual de 60 euros o de 157 euros en caso de personas de 65 o más años.

⁴² Lema Añón, C., ‘La erosión del derecho a la salud en el Reino de España: el ataque a la universalidad’, en Bernúz Beneitez, M. J. y Calvo García, M. (Ed.), *La eficacia de los derechos sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 221-258, p. 243.

⁴³ Monereo, J. L. y Rodríguez, G. (2015), ‘La asistencia sanitaria y su reforma legislativa’ *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 4, pp. 11-23, p. 17.

⁴⁴ Mora Castro, A. ‘El derecho a la salud de las personas inmigrantes y su nueva regulación en el Estado español’, en De Lucas Martín, J. y Añón Roig, M. J., *Integración y derechos. A la búsqueda de indicadores*, Icaria, 2013, pp. 67-102.

⁴⁵ ‘Ley 22/2013 de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014’, *Boletín Oficial del Estado*, 26 de diciembre de 2014, núm. 309,

⁴⁶ Solanes Corella, Á., ‘La salud como derecho en España: Reformas en un contexto de crisis económica’, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº 31, 2014, pp. 127-162.

⁴⁷ ‘Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y se modifica el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud’, *Boletín Oficial del Estado*, 27 de julio de 2013, núm. 179,

La mencionada regulación de la titularidad para acceder a las prestaciones sanitarias provocó diversas reacciones adversas entre organizaciones y plataformas ciudadanas. Se promovieron campañas que impulsaban, entre otras acciones, la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios, en la línea de la Organización Médica Colegial, que recordaba la posibilidad del facultativo médico de invocar su derecho a la objeción de conciencia (de acuerdo con el artículo 32.1 del Código de Deontología Médica)⁴⁸. Por ejemplo, 'Derecho a curar' promovida por Médicos del Mundo en colaboración con otras organizaciones, o 'Yo Sí Sanidad Universal'. La reforma sanitaria se acogió de diferente forma por parte de las Comunidades Autónomas; mientras que algunas aplicaron la normativa estatal, otras crearon programas especiales para seguir cubriendo a los inmigrantes en situación irregular⁴⁹. A abril de 2016, se estimaba que al menos catorce de las diecisiete Comunidades habrían adoptado algún tipo de medida paliativa para disminuir las consecuencias del Real Decreto-ley 16/2012⁵⁰. Estas diferencias ya se habían visto reflejadas, por supuesto, en la interposición de recursos de constitucionalidad contra la reforma estatal. Tras la aprobación de la norma, partidos políticos y diversas Comunidades Autónomas interpusieron recursos de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 16/2012, cuestionando la constitucionalidad de la norma, tanto por razones materiales (de vulneración de derechos constitucionales) como formales (la utilización de la figura del decreto-ley para realizar los cambios) y de distribución competencial. En concreto, los recursos fueron interpuestos por las Comunidades de Navarra, el Principado de Asturias, Andalucía, Canarias, Cataluña y el País Vasco⁵¹.

La sentencia del Tribunal Constitucional 139/2016, de 21 de julio, enjuició la constitucionalidad del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril. En concreto, la resolución sigue el recurso de inconstitucionalidad de la Comunidad Foral de Navarra, interpuesto contra los artículos 1. Uno y, por conexión, 1. Dos y disposición transitoria primera; 2. Dos, Tres y Cinco; 4. Doce, Trece y Catorce y disposición adicional tercera. Esta resolución declaró la constitucionalidad de la norma en su mayor parte. En cuanto a las restricciones para acceder al Sistema Nacional de Salud, el Tribunal consideró las medidas

⁴⁸ Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos (Organización Médica Colegial) 'Declaración sobre atención sanitaria a inmigrantes en situación irregular', 2012.

⁴⁹ Delgado del Rincón, L. E., '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', *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), nº 163, 2014, pp. 189-231.

⁵⁰ REDER, *Un aniversario sin nada que celebrar. Cuatro años de exclusión sanitaria*, 2016, p. 2. Disponible en línea (consultado en octubre de 2018): <https://www.medicosdelmundo.org/actualidad-y-publicaciones/publicaciones/un-aniversario-sin-nada-que-celebrar-cuatro-anos-de>

⁵¹ Recursos de inconstitucionalidad: núm. 4123/2012 (Parlamento de Navarra), núm. 4530/2012 (Consejo de Gobierno del Principado de Asturias), núm. 4585/2012 (Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía), núm. 433/2013 (Gobierno de Canarias), núm. 414/2013 (Gobierno de Cataluña), núm. 419/2013 (Gobierno del País Vasco).

legítimas y dentro de la libertad de actuación del legislador. Por lo que se refiere a los derechos de los extranjeros en España, el Tribunal entendió que la reforma respeta tanto su derecho a la salud como el derecho a vida y a la integridad física del artículo 15 de la Constitución⁵². A la hora de interpretar los derechos de los extranjeros en España, el Tribunal parte de la teoría tripartita de los derechos, según la cual el derecho a la salud se enmarca entre aquel grupo de derechos de configuración legal. La libertad de actuación del legislador tiene, no obstante, una serie de límites, pues ha de respetar el contenido esencial de los derechos (art. 53.1 CE), estar dirigidas a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida⁵³. Además, aunque puedan establecerse restricciones y limitaciones al contenido de los derechos, tal posibilidad no puede afectar 'al contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los tratados internacionales suscritos por España'⁵⁴. En relación con este límite, llaman la atención diversos aspectos de la argumentación del Tribunal, que asimismo guardan relación con el objeto de este trabajo.

Paradójicamente, el Tribunal Constitucional en su sentencia 139/2016 interpreta el principio de progresividad del artículo 2.1 del PIDESC para rebajar la obligatoriedad del derecho a la salud reconocido en su artículo 12, considerando que este derecho no implica el acceso inmediato y gratuito a las prestaciones. Sin embargo, no se repara en el cumplimiento de obligaciones mínimas, no sujetas a la progresividad, ni en las exigencias de la prohibición de regresividad. El Tribunal se refiere también a la Carta Social Europea⁵⁵, en concreto, a la limitación que este texto incluye, en su artículo 13.4, en relación con la obligatoriedad de la garantía del derecho únicamente a los residentes legales⁵⁶. No se tiene en cuenta, en cambio, que el órgano encargado del cumplimiento de la Carta, el Comité Europeo de Derechos Sociales, haya considerado que el Real Decreto-ley 16/2012 vulnera el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 11 de la Carta Social Europea⁵⁷. Tampoco se considera la interpretación del derecho a la salud reconocido en el PIDESC por la Observación General nº 14. Sosteniendo una posición diferente, el voto particular del Magistrado Valdés Dal-Ré a la sentencia señalaba que la modificación 'es claramente regresiva en la medida en que excluye del sistema de prestación sanitaria pública y gratuita a los citados extranjeros, salvo a los

⁵² Tribunal Constitucional, Sentencia 139/2016, 21 de julio, FJ 10.

⁵³ Tribunal Constitucional, Sentencia 236/2007, 10 de diciembre, FJ 4.

⁵⁴ Tribunal Constitucional, Sentencia 139/2016, 21 de julio, FJ 10.

⁵⁵ Consejo de Europea, 'Carta Social Europea (revisada)', Estrasburgo, 1996.

⁵⁶ Tribunal Constitucional, Sentencia 139/2016, 21 de julio, FJ 10.

⁵⁷ Comité Europeo de Derechos Sociales, 'Conclusiones XX-2 (2013)', p. 13.

menores y a las mujeres embarazadas y en situación de post-parto y en los supuestos de urgencias médicas⁵⁸.

Pasamos a profundizar ya en el análisis de las mencionadas restricciones en la cobertura sanitaria de los inmigrantes en situación irregular, a partir del estudio de los parámetros exigidos por la prohibición de regresividad. Debido a que, con la regulación anterior a 2012, el acceso a la asistencia sanitaria no se hacía depender de las categorías exigidas por la reforma, las posibilidades de acceso quedaron disminuidas. En este sentido, el elemento principalmente afectado fue el de la accesibilidad del derecho a la salud, y especialmente la accesibilidad económica (OG núm. 14, párr. 12.b). Resultaron, pues, restricciones para aquellas personas que no ostentan la condición de asegurado ni de beneficiario ni están por debajo del nivel de renta determinado reglamentariamente. En concreto, la regresividad se podía estimar principalmente evidente en cuanto a las medidas relativas a la población inmigrante sin residencia legal en España. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, reconocía, con anterioridad a 2012, las mismas prestaciones sanitarias que se reconocen a los españoles, a los extranjeros residentes de hecho y que estuviesen empadronados. Y ello independientemente de que la residencia fuera legal, esto es, de que los extranjeros estuviesen o no en situación administrativa regular. En cambio, con la posterior regulación, los inmigrantes mayores de edad, a pesar de estar inscritos en el padrón municipal, si no habían obtenido la residencia legal, ya no tenían acceso a la totalidad de prestaciones del Sistema Nacional de Salud, a no ser que procedieran al pago o a la suscripción de un convenio. La atención mínima que se les pasó a reconocer era la asistencia de urgencia y la asistencia en caso de embarazo, parto y postparto. Por estas razones, cabe considerar la regulación de 2012 como una reforma regresiva en relación con el derecho a la asistencia sanitaria, en la línea del voto particular del Magistrado Valdés Dal-Ré a la sentencia 139/2016, como se mencionaba anteriormente.

Siguiendo, asimismo, la doctrina del Comité DESC de NNUU al desarrolla los derechos contenidos en el PIDESC, como el derecho a la salud (artículo 12), hay razones suficientes para concluir que el Real Decreto-ley 16/2012 constituía una medida regresiva. El mismo Comité emitió de forma reciente sus Observaciones Finales sobre el cumplimiento de los derechos reconocidos en el Pacto por España en relación con el periodo 2012-2016. En su recomendación (42) referente al derecho a la salud instaba al Estado español a evaluar el impacto de la reforma sanitaria y a llevar a cabo las medidas necesarias para la garantía del derecho a la salud, para que los inmigrantes en situación irregular tuvieran acceso a todos los servicios de salud que

⁵⁸ Voto particular a la sentencia 139/2016, de 21 de julio, del Tribunal Constitucional, que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré y al que se adhiere la Magistrada doña Adela Asua Batarrita, III. 1.

necesitasen, de forma no discriminatoria⁵⁹. Además, el Comité ha considerado como medidas regresivas la revocación o suspensión formal de cualquier legislación que sea necesaria para seguir disfrutando del derecho a la salud, o la promulgación de legislación o adopción de políticas que sean manifiestamente incompatibles con las preexistentes obligaciones legales nacionales o internacionales relativas al derecho a la salud. Asimismo, la denegación de acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud a determinadas personas o grupos de personas como resultado de la discriminación de iure o de facto, constituye una violación de la obligación de respetar el derecho (Comité DESC, OG núm. 14, párr. 48 y 50). Incluso con mayor nivel de concreción, se ha llegado a entender como medidas regresivas aquellas que reducen los subsidios estatales para servicios de salud y aquellas que imponen el pago, antes inexistente, de los servicios de atención de la salud⁶⁰.

Asimismo es importante atender a las conclusiones de otros órganos de protección de los derechos sociales. En el ámbito europeo, es el Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa el órgano que brinda una protección específica a estos derechos, reforzando a través de su jurisprudencia no solo su justiciabilidad sino también su eficacia en Europa⁶¹. Ya se ha mencionado que el Comité Europeo de Derechos Sociales consideró la regulación de 2012, en concreto, las restricciones para los inmigrantes en situación irregular, contrarias al artículo 11 de la Carta Social Europea⁶². Con anterioridad, el Comité ya había señalado que el acceso a la atención sanitaria debe ser ejercido sin discriminación, especialmente por lo que se refiere a los grupos vulnerables, incluyendo las personas extranjeras, independientemente de su situación legal⁶³.

Centrando la atención en el cumplimiento de obligaciones mínimas, las restricciones a la universalidad derivadas de la exigencia de determinados estatus administrativos, que derivan en restricciones para personas y colectivos con pocos medios económicos, pueden suponer el incumplimiento de

⁵⁹ Más de 25 plataformas y entidades, que conforman la Plataforma DESC España, se encargaron durante más de un año de revisar el estado de disfrute y cumplimiento de los derechos del PIDESC en el territorio español. Como resultado, se presentó el Informe Conjunto al Comité DESC en marzo de 2018. Comité DESC, 'Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España', 28º sesión, marzo de 2018, párr. 42.

⁶⁰ Comité DESC, 'Observaciones Finales a Colombia' E/2002/22, párr. 775; 'Observaciones Finales a Nigeria, E/1999/22, párr. 124 y 126.

⁶¹ Sobre el impacto de las resoluciones del Comité Europeo de Derechos Sociales, así como su relación con otros sistemas de protección de los derechos, véase Jimena Quesada, L., 'El Comité Europeo de Derechos Sociales: sinergias e impacto en el sistema internacional de derechos humanos y en los ordenamientos nacionales', *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 25, 2015, pp. 99-127.

⁶² Comité Europeo de Derechos Sociales, 'Conclusiones XX-2 (2013)', 2013, p.13.

⁶³ Comité Europeo de Derechos Sociales, *Conclusions 2004 and 2005: Statement of Interpretation of Article 11*, p. 10.

obligaciones como la prohibición de discriminación y la protección de colectivos en situación de vulnerabilidad. En relación con la población inmigrante en situación irregular, el Comité DESC ha señalado expresamente la obligación de respetar su derecho a la salud (OG núm. 14, párr. 34). Asimismo, una de las obligaciones mínimas, mencionada anteriormente, es la garantía del derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados (OG núm. 14, párr. 43; véase también, párr. 18 y 19).

Por lo que se refiere a la población inmigrante en situación irregular como grupo vulnerable, se han señalado los numerosos obstáculos que enfrenta el colectivo inmigrante en los países de llegada, tales como el idioma, estereotipos, comportamientos racistas, el riesgo de devolución a sus países de origen en el caso de ausencia de residencia legal, etc⁶⁴. En concreto, el trabajo legal para los extranjeros irregulares es abiertamente difícil debido a diversas trabas administrativas que lo que hacen es aumentar el trabajo ilegal y precario⁶⁵. La regulación de la regularidad administrativa, así como las políticas migratorias, estigmatizan a una parte de la población e institucionalizan jurídicamente la xenofobia⁶⁶. Sin embargo, la residencia legal se contempla habitualmente como requisito para acceder a los servicios públicos, como la asistencia sanitaria. Así pues, se restringe el acceso a este derecho a un colectivo vulnerable, incumpliendo las obligaciones relativas a la protección de estos colectivos, cuando los derechos sociales son precisamente la clave para su integración en la sociedad y en la comunidad política⁶⁷. Además, ante este tipo de restricciones no se estarían llevando a cabo políticas de promoción diferenciada con el objeto de promover su integración (por ejemplo, medidas de igualdad positiva, acciones positivas y medidas de discriminación inversa)⁶⁸.

Todo ello se suma a las barreras ya existentes que enfrentan los inmigrantes en el acceso a la atención sanitaria, de acuerdo con la *European Union Agency for Fundamental Rights* (FRA): barreras lingüísticas y de

⁶⁴ Chetail, V. y Giacca, G., 'Who Cares? The Right to Health of Migrants', en Clapham, A. y Robinson, M. *Realizing the Right to Health*, Ruffer & Rub, Zurich, 2009, pp. 224-234, p. 225.

⁶⁵ Pisarello Prados, G., 'Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalismo a una interpretación sistemática y evolutiva', en Añón Roig, M. J. (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 37-86, p. 84.

⁶⁶ Añón Roig, M. J., 'Discriminación racial: el racismo institucional desvelado', en Arcos Ramírez, F., (Ed.) *La justicia y los derechos en un mundo globalizado*, Madrid: Dykinson, 2015, pp. 133-166, p. 140. Asimismo, De Lucas Martín, J. y Añón Roig, M. J., 'Sobre el proceso de globalización de la xenofobia y el racismo institucionales', *Sistema: Revista de ciencias sociales*, nº 229, 2013, pp. 41-56.

⁶⁷ Añón Roig, M. J., 'Límites de la universalidad: los derechos sociales de los inmigrantes', Añón Roig, M. J. (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 9-26, p. 10.

⁶⁸ Pisarello Prados, G., 'Derechos sociales, democracia...', *cit.*, p. 59.

comunicación, falta de información sobre el derecho a usar los servicios sanitarios, problemas económicos, trabas administrativas, condiciones laborales y otros determinantes sociales del acceso a la sanidad, y barreras culturales y de accesibilidad⁶⁹. Estas dificultades, de otro lado, podrían constituir discriminación indirecta en el acceso a los servicios sanitarios. El derecho a la salud, en particular, tiene una especial importancia en los procesos de integración, pues el acceso a un buen nivel de vida, que permita la supervivencia y el desarrollo del bienestar personal y familiar, es esencial para la garantía de otros derechos y posibilita la integración en las sociedades de recepción. En esta línea, el Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (PECI) 2011-2014, del denominado en su día Ministerio de Trabajo e Inmigración, señala la salud como uno de sus principales ámbitos de actuación, estando entre sus objetivos la garantía del derecho a la protección de la salud a las personas inmigrantes, 'en los términos en que lo tienen reconocido'⁷⁰.

De acuerdo con lo considerado anteriormente, el Real Decreto-ley 16/2012 puso en entredicho el cumplimiento de la obligación mínima de proteger a los sectores vulnerables de la sociedad⁷¹. Cuando la aprobación de una norma regresiva tiene lugar, se da una fuerte presunción de incumplimiento del PIDESC, correspondiendo al Estado justificar una serie de elementos (Comité DESC, OG núm. 14, párr. 32 y 47). Sin embargo, el Comité DESC, en la OG núm. 14, señala expresamente que el Estado no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar el incumplimiento de las obligaciones básicas o mínimas que son inderogables (párr. 47). A continuación, se señala que la adopción de cualesquiera medidas regresivas que sean incompatibles con las obligaciones básicas en lo referente al derecho a la salud constituye una violación del derecho a la salud (párr. 48). En este sentido, el Real Decreto-ley 16/2012 reconocía únicamente una atención mínima a la población inmigrante en situación irregular, al que cabe considerar como colectivo vulnerable, y no se le ofrecía el acceso al resto de servicios sanitarios, por lo que directamente establecía las restricciones. Aunque se reconociera la posibilidad de suscripción de un convenio especial, hay razones suficientes para considerar que las personas sin residencia legal en España enfrentaban mayores dificultades para poder realizar el pago que se exigía como condición para suscribir el convenio, por ejemplo, por la falta en muchos casos de un trabajo estable. Por tanto, se imposibilitaba el acceso a los servicios sanitarios a través del establecimiento directo de restricciones a un grupo vulnerable, pudiendo concluir que el contenido esencial del derecho a la salud quedaba afectado.

⁶⁹ FRA, *Inequalities and multiple discrimination in access to and quality of healthcare*, Luxemburgo, 2013, pp. 47-62. Disponible en línea (consultado en octubre de 2018): http://fra.europa.eu/sites/default/files/inequalities-discrimination-healthcare_en.pdf

⁷⁰ Ministerio de Trabajo e Inmigración, 'Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2011-2014)', 2014, p. 53.

⁷¹ Una evaluación más detallada de la regulación de 2012 desde los parámetros del derecho a la salud puede consultarse en: Dalli, M., 'Universal Health Coverage for Undocumented Migrants: the Spanish Case', *International Journal on Minority and Group Rights*, vol. 25, n° 2, 2018.

Finalmente, en relación con la legitimidad del fin de la norma, el preámbulo del Real Decreto-ley 16/2012 justificaba la regulación en la necesidad de hacer frente a una situación de insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias y de incorporar los nuevos avances que han tenido lugar en la medicina molecular, en la innovación terapéutica, en geómica y proteómica. Si la situación de déficit hubiera quedado justificada adecuadamente, la motivación de la norma podría haberse encuadrado en el supuesto de estabilidad presupuestaria contemplado en el artículo 135 de la Constitución. El fin de la norma, pues, podría haberse considerado legítimo al preservar un principio constitucionalmente protegido, previsto además como legítimo para introducir regresiones a los derechos. Ahora bien, ello había de quedar adecuadamente justificado, como ya se señaló atendiendo a la doctrina del Comité DESC de NNUU, pues una simple alegación de falta de recursos o la existencia de una crisis económica no constituirían razones suficientes⁷². Por otra parte, la norma estableció asimismo restricciones para las personas residentes no 'aseguradas' ni 'beneficiarias' cuyos ingresos superaran un determinado límite en cómputo anual (inicialmente, cien mil euros). Se trataba, pues, de una reducción de la accesibilidad de los servicios sanitarios, lo cual se puede considerar como medida regresiva. En este caso, las personas afectadas podrían, en principio, acudir a servicios sanitarios privados. Habría de atenderse al cumplimiento de la prohibición de discriminación para que el contenido esencial del derecho a la salud quedase respetado. En todo caso, de haber lugar a la fase de justificación, habría de examinarse el cumplimiento de las diferentes fases del juicio de proporcionalidad, esto es, que no había otra medida menos lesiva, que no quedaron perjudicados otros derechos, y que se hizo un aprovechamiento pleno del máximo de los recursos disponibles.

5. Conclusiones

Antes de proceder a la justificación de una norma regresiva que afecta al derecho a la salud, de acuerdo con la doctrina del Comité DESC y con la doctrina del juicio de proporcionalidad, se ha de proceder al análisis de la legitimidad de la norma. Para ello, la norma en cuestión habrá de respetar una serie de requisitos previos a la justificación, como la legitimidad de su fin y el respeto al contenido esencial del derecho afectado. En relación con la legitimidad del fin, la norma regresiva no ha de perseguir un fin prohibido. Además, el fin ha de estar admitido o reconocido en el ordenamiento jurídico. En relación con la necesidad de reducir el gasto público, se concluye que el ahorro económico puede constituir un fin legítimo *solo si* se acompaña de otras consideraciones: a) la mejora del cumplimiento de otros derechos; b) los fines reconocidos como válidos como límites de los derechos, y, c) en el caso español, la estabilidad presupuestaria incluida en el artículo 135 de la Constitución, siempre y cuando la sostenibilidad social no quede comprometida.

⁷² OG núm. 14, párr. 32 y 47; Rossi, J., 'La obligación de no regresividad...' *cit.*, pp. 90-94; Sepúlveda, M., 'La interpretación del Comité...' *cit.*, pp. 135-139.

En relación con el contenido esencial del derecho a la salud, a partir del listado de obligaciones mínimas de la Observación General núm. 14 del Comité DESC de NNUU, se sugiere que una norma que restringe el acceso a los servicios de salud afecta al contenido esencial del derecho cuando: a) no reconoce la titularidad del derecho, o deniega expresamente el acceso a los servicios sanitarios; b) materialmente impide el acceso a los servicios, por ejemplo, cuando se trata de colectivos vulnerables; o cuando, c) se incumple la prohibición de discriminación en la garantía del acceso a los servicios. Aplicando estos parámetros a las restricciones que afectan a los inmigrantes en situación irregular, se concluye que tales restricciones en el acceso a los servicios sanitarios no respetan el contenido esencial del derecho a la salud, al afectar a un colectivo que difícilmente pueda sufragarse el coste de los convenios o de la medicina privada. La regresividad, en estos casos, no da lugar a la posibilidad de justificación.