

ARTÍCULO

La titularidad del derecho a la salud en España. ¿Hacia un cambio de modelo?

The Right to Health Care in Spain. Towards a change of model?

CARLOS LEMA AÑÓN*

* Carlos Lema Añón. Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, España, carlos.lemma@uc3m.es

Este trabajo ha sido desarrollado en el marco del Proyecto de Investigación “Los Derechos Humanos en el S. XXI. Retos y desafíos del Estado de derecho global” (DER 2011-25114), Plan Nacional de I+D+I, Ministerio de Ciencia e Innovación, y del Proyecto Consolidar-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos”. CSD2008-00007.

Índice

1. De la retórica de la sostenibilidad al cambio de modelo.
2. El camino hacia la universalización del derecho a la salud.
3. La puesta en cuestión de la universalidad del derecho a la salud.
4. El valor de la universalidad del derecho a la salud.

Resumen

El derecho a la salud aparece recogido en la Constitución española de 1978. Posteriormente se ha desarrollado legislativa, institucional y organizativamente con el resultado de la creación de un Sistema Nacional de Salud que ofrece prestaciones con carácter tendencialmente universal e igualitario. No obstante, la universalidad del derecho a la salud ha sido puesta en cuestión por el Real Decreto Ley 16/2012. Aquí se argumenta que esta norma supone una ruptura ilegítima con los principios de universalidad e igualdad que prefigura un cambio de modelo respecto al que se ha venido desarrollando desde la Constitución.

Palabras clave: derecho a la salud; universalidad de los Derechos Humanos; Sistema Nacional de Salud; igualdad.

Abstract

The Right to Health Care was included in the Spanish Constitution in 1978. This Right has been later developed through legal and institutional activities, creating a National Health System that provides universal and equal access to Health Care. But those features of Universality and Equality have been questioned by Royal Decree-Act 16/2012. This contribution suggests that this Act generates an illegitimate violation of constitutional principles related to the Right to Health Care. This Act, as well as the policies in which it can be included, predict a change of model: from universality to exclusion in public provision of Health Care.

Keywords: right to health care; universality of Human Rights; National Health System; equality.

1. De la retórica de la sostenibilidad al cambio de modelo

Al hilo de la crisis económica iniciada en 2007-2008, se ha dado por primera vez en el Reino de España una reducción de los presupuestos públicos destinados a Salud: los Presupuestos Generales del Estado del año 2012 incluían ya un recorte del 6,8% con respecto al ejercicio anterior¹. Aproximadamente un 40% de los presupuestos de las comunidades autónomas corresponde a la sanidad. Ello ha hecho que el gasto sanitario se haya convertido en objetivo principal de la reducción del gasto público en el marco de las políticas de austeridad². Es difícil calibrar en ocasiones hasta qué punto las motivaciones de estas políticas tienen que ver con la mera reducción del gasto y hasta qué punto son el fruto de presupuestos ideológicos tales como pueda ser la recentralización del poder o el favorecimiento del negocio sanitario privado. Pero lo cierto es que las políticas de recorte del gasto se han visto acompañadas por un nuevo impulso privatizador y por la introducción de medidas particularistas y segmentadoras, frente a la lógica de la universalidad del derecho a la salud.

Todas estas medidas de recorte, privatización y segmentación se han ido haciendo en nombre de la retórica de la *sostenibilidad*. Este tipo de retórica pretende, bajo un manto de tecnicidad, sustraer del debate público lo relacionado con el derecho a la salud y con la organización y gestión del Sistema Nacional de Salud. La retórica de la sostenibilidad alerta de los peligros financieros que acechan, aunque son precisamente las políticas recomendadas las que lo ponen en verdadero peligro. Pues parece extraño que el problema del sistema sea de sostenibilidad económica cuando el gasto público en sanidad como porcentaje del PIB ha estado siempre por debajo de la media de la UE-15: así en 2008 había alcanzado 6,25% del PIB, pero en ese mismo año en Alemania era el 7,92%, en Suecia el 7,2% y en Francia el 8,40%³. Tampoco en lo que respecta al gasto público respecto al total del gasto en salud es desproporcionado: de hecho está muy por debajo de la media de la Unión Europea-15, pues salvo España, Portugal y Grecia, todos los países superan el 75%⁴.

Las políticas de recortes y privatización son las que han recibido mayor atención tanto a nivel público como académico⁵. Pero aquí me voy a centrar sin embargo en otro elemento, como es el de la

1 En rigor, desde un punto de vista de porcentaje del PIB, ya se había producido un descenso, desde 6,6% de 1993 hasta el 5,9% de 2002 (Cfr. NAVARRO, VICENÇ, *El subdesarrollo social de España. Causas y consecuencias*, Público, Barcelona, 2009, p. 52).

2 Sobre el impacto de las políticas de austeridad en la salud véase STUCKLER, DAVID & BASU, SANJAY, *The Body Economic. Why austerity kills*, London, Allen Lane, 2013. Más allá de los recortes en políticas sanitarias, está bien documentado que el principal factor que afecta a la salud de las poblaciones en los países desarrollados no es tanto el acceso o la extensión de los servicios de salud, sino la desigualdad socioeconómica (Cfr. COHEN, J. & ROGERS, J. (eds.), *Is Inequality bad for our health?*, Boston, Beacon Press, 2000). Como se sabe, la desigualdad socioeconómica se ha disparado en el Reino de España, siendo hoy el segundo Estado con más desigualdad en la Unión Europea, sólo por detrás de Lituania (Fuente: Eurostat: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Income_distribution_statistics).

3 Fuente: Eurostat.

4 En España es del 73,6%. En países como Holanda o Dinamarca supera el 85%. En Francia y Alemania era del 76,9% y en Gran Bretaña del 83,4% (fuente OECD Health Data).

5 Aunque en general, los juristas que se han ocupado de la cuestión no han visto problemas de constitucionalidad en la utilización de estos mecanismos, no se ha dejado de advertir de que determinadas formas de gestión resultan problemáticas (Cfr. MENÉNDEZ

introducción de medidas segmentadoras y particularistas, frente a la lógica de la universalidad del derecho a la salud que se había venido dando por supuesta hasta ahora. Me centraré en el análisis del Real Decreto Ley 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (de aquí en adelante RDLMU). Puede resultar a priori extraño centrarse en una norma aparentemente poco relevante, que no parece modificar los elementos centrales de lo que ha supuesto el desarrollo y garantía del derecho a la salud, es decir, el artículo 35 de la Constitución y la Ley General de Sanidad de 1986.

Sin embargo lo que voy a defender es el RDLMU supone un paso atrás mayúsculo desde el punto de vista de la titularidad del derecho a la salud, la ruptura radical con la idea de universalidad e igualdad, así como un punto de inflexión que supone –aun sin explicitarlo y con una aparente continuidad en cuanto a los conceptos básicos– un auténtico cambio de modelo respecto al que se ha venido desarrollando desde la Constitución española de 1978⁶.

2. El camino hacia la universalización del derecho a la salud

La evolución en el Estado español de las políticas públicas que inciden en la salud durante la segunda mitad del siglo XX estuvo fuertemente marcada por el atraso respecto a otros países europeos, motivado por los cuarenta años de dictadura franquista⁷. En efecto, la dictadura franquista quebró los intentos anteriores de modernización del sistema de protección social⁸, aunque incorporó progresivamente –desde el autoritarismo– determinados elementos de seguridad social.

REXACH, ÁNGEL, “La gestión indirecta de la asistencia sanitaria pública. Reflexiones en torno al debate sobre la privatización de la sanidad”, *Revista de Administración sanitaria siglo XXI*, vol. 6, nº 2, 2008, pp. 269-296) o que estas formas de privatización representan riesgos para la efectividad del derecho a la salud (Cfr. ESCOBAR ROCA, GUILLERMO, “Filosofía y dogmática en la configuración del derecho fundamental a la protección de la salud”, en *Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en Homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. III, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 523-558, p. 543). Desde el punto de vista del derecho internacional parece llegarse a conclusiones similares, pues si bien en los tratados internacionales de derechos humanos no existe una prohibición expresa respecto a las privatizaciones, las consecuencias de las mismas no han acreditado, más bien lo contrario, tener consecuencias positivas en la salud, pero sí que pueden constituir una amenaza para el cumplimiento de los estándares internacionales de protección, lo que las hace jurídicamente problemáticas (Cfr. TOEBES, BRIGIT, “The Right to Health and the Privatization of National Health Systems: The Case Study of the Netherlands”, *Health and Human Rights*, Vol., 9, nº 1, 2006, pp. 103-127:107)

⁶ Este Real Decreto Ley fue aprobado por el Gobierno el 20 de abril y convalidado por el Congreso de los Diputados el 17 de mayo de 2012. El RDLMU también incide en medidas muy serias de recorte, austeridad y centralidad de las consideraciones economicistas por encima de consideraciones de salud pública o de eficacia sanitaria, pero el aspecto en el que me voy a centrar es el que me parece más relevante conceptualmente y de más alcance.

⁷ El gasto social con respecto al PIB es muy bajo comparado con otros países europeos: en 1970 era tan solo del 6,38%, mientras que en Francia y Alemania ya superaba el 20%

⁸ El reformismo social había tenido su primer hito en 1903 con la creación del Instituto de Reformas Sociales, antecedente muy limitado de un sistema de Seguridad Social. Ya durante la Segunda República (1931-1939) los ensayos de reforma y modernización se plasman en un intento de transitar de un sistema de beneficencia hacia la institución de la Asistencia Social (1934), con un

La transición política hacia la democracia supuso el intento –nunca plenamente alcanzado– de construir un sistema de bienestar equiparable al de los demás países europeos del entorno, mediante un esfuerzo por la expansión y modernización del sistema anterior. En el ámbito sanitario este incluye la creación del Ministerio de Sanidad en 1977. El Real Decreto-Ley 36/1978 reestructura todo el sistema de gestión con la creación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, que se encargará las prestaciones económicas, el INSERSO, que se ocupará de los servicios sociales y el Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), para las prestaciones sanitarias. Esta distinción funcional entre la Seguridad Social y los servicios de salud se irá traduciendo tanto a nivel de la financiación, como del propio modelo. El sistema de financiación, en efecto, evolucionó paralelamente a la extensión del sistema público de salud, desde una situación en la que el 70% se financiaba por medio de las cotizaciones del trabajo, hacia un sistema en el que la financiación proviene mayoritariamente del sistema de imposición general⁹. Esto supuso una transformación de un modelo de tipo bismarkiano o de seguridad social hacia un modelo basado en un sistema nacional de salud, lo que tendrá una importancia decisiva, como veremos más adelante. El principal hito en este sentido es la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en adelante LGS), desde la que se crea el Sistema Nacional de Salud y se dan pasos decisivos hacia la universalización de las prestaciones, tanto en el ámbito asistencial como en el farmacéutico, como desarrollo del derecho a la salud recogido en la Constitución de 1978.

En efecto, la Constitución de 1978 reconoce el derecho a la salud en su artículo 43.1¹⁰. Este reconocimiento se hace dentro de la sección constitucional (el Capítulo III del Título I) denominada “De los principios rectores de la política social y económica”¹¹. Por otro lado, el artículo 41 recoge la existencia

carácter tendente a la universalización

9 BAREA Teijeiro, JOSÉ, GÓMEZ CIRICA, ANTONIO, *El problema de la eficiencia del sector público en España. Especial consideración de la sanidad*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1994, p. 175. El proceso en buena medida culminó a partir de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1989, en la que se modificó el sistema de financiación de la asistencia sanitaria.

10 Para un análisis completo de este artículo y de su desarrollo, puede verse ESCOBAR ROCA, GUILLERMO, “El derecho a la protección de la salud”, en ESCOBAR ROCA, GUILLERMO (Dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Aranzadi, 2012, pp. 1073-1178.

11 No creo que sea necesario volver en extenso a la vieja cuestión de si la ubicación del artículo 43 dentro del capítulo relativo a los principios rectores de la política social y económica impide considerar que estemos ante un auténtico derecho constitucional. Más allá de que esta es la denominación que se le da en la Constitución, el argumento de que no es un derecho ya que no es directamente alegable ante los tribunales *ex contitutione*, parece confundir los derechos con sus garantías jurídicas (FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999). Más allá de ello, el Tribunal Supremo ha calificado la asistencia sanitaria como *derecho público subjetivo* (Sentencia de 9 de febrero de 1996) y ha afirmado que la omisión de la asistencia sanitaria supone una infracción del artículo 43 de la Constitución (Sentencia de 19 de junio de 1990). Una interpretación sistemática de la constitución, además, lo habría de conectar con otros preceptos constitucionales tales como la cláusula de igualdad sustancial (artículo 9.2) o el derecho a la vida y la integridad física y moral (artículo 15). Aunque el derecho a la salud se agote en estas dimensiones, determinados aspectos centrales del mismo pueden ser conectados con estos derechos que, desde el punto de vista constitucional, gozan de garantías más fuertes, lo que en determinados casos abriría la vía para la llamada “exigibilidad indirecta”, es decir, la estrategia de garantía que pasa por conexión del derecho a la salud (o en general de los derechos económicos, sociales y culturales) con principios (igualdad, prohibición de discriminación) o derechos para los que las garantías procesales son más fuertes (ABRAMOVICH, VÍCTOR, COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002:168 y ss.). Finalmente, Por otro lado, no se puede desconocer que el derecho a la salud está reconocido en distintos tratados internacionales ratificados por el Reino de España, empezando, a nivel del sistema universal, por el Pacto Internacional de Derechos Económicos,

de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos. Hay que destacar que el derecho a la salud y la seguridad social se recogen en artículos diferentes, dándole carta de naturaleza constitucional a lo que supone un cambio de modelo.

El desarrollo y concreción del contenido constitucional del derecho a la salud ha venido más dada en el ámbito legislativo que por la jurisprudencia constitucional, que en este punto ha sido escasa y nunca dirigida a cuestiones centrales¹². Pero me interesa, más que en el contenido, centrarme en el *ámbito subjetivo* del derecho a la salud. No es arriesgado afirmar que de la Constitución se deriva un mandato de *universalidad* de la asistencia y de *igualdad* en la misma. No obstante, el rasgo de la universalidad ha planteado algunos problemas (y como hemos dicho se está poniendo en cuestión). Su consecución se ha ido realizando en términos progresivos, sin que haya acabado de transformarse con todas las consecuencias en una universalidad completa.

En un primer momento, claramente desde la LGS de 1986, el derecho a la salud se proclamó en la legislación ordinaria como auténtico derecho subjetivo, jurídicamente exigible, jurisdiccionalmente protegido y de carácter universal. En este sentido se configuraba como un derecho fundamental, por más que no estuviera plenamente constitucionalizado como tal¹³. Efectivamente, el artículo 1.2 de la LGS, no derogado ni modificado hasta ahora, habla del “derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria”, cuyos titulares serían, como hemos visto, todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan residencia establecida en España, con la posibilidad de extensión a los extranjeros no residentes en España y españoles en el extranjero “en la forma que las leyes y convenios internacionales establezcan” (art. 1.3. LGS).

La LGS estaba basada en la lógica de una transformación del sistema de salud proveniente de un modelo de seguridad social hacia un modelo de Sistema Nacional de Salud. El derecho a la salud, pero sobre todo la asistencia sanitaria pública, se asume como un derecho de carácter universal en su diseño. Es cierto que la ley no estableció clara y explícitamente la universalización, sino que más bien la plantea de forma progresiva (“la asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población”, art. 3.2). Sin embargo su lógica de partida es la de la universalidad y así se fue desarrollando tanto desde el punto de vista normativo, como desde el punto de vista fáctico, a través de la incorporación progresiva de distintos sectores de la población¹⁴.

Sociales y Culturales (en su artículo 12)

12 PEMÁN Gavín, JUAN, “Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud”, *Derecho y Salud*, Vol. 16, número extraordinario, nov. 2008, pp. 29-62, esp. pp. 50 y ss.; MENÉNDEZ REXACH, ÁNGEL, “El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas”, *Derecho y Salud*, Vol. 11, nº 1, 2003, pp. 15-36, esp. pp. 26-27. El hecho de que no sea un derecho susceptible de Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional explica en parte esta situación.

13 Esto llevó a algunos autores incluso, a considerar superflua por este motivo la discusión en torno a si estamos ante un derecho o un principio rector: no cabe duda de que estaríamos ante un derecho subjetivo cuyos titulares estarían legitimados para exigirlo tanto en vía administrativa como en vía jurisdiccional (ESCOBAR ROCA, GUILLERMO, “Filosofía y dogmática en la configuración del derecho fundamental a la protección de la salud”, cit., p. 536).

14 Así, en 2003 la Ley 16/2003 en su artículo 3 aclaraba de forma más explícita la titularidad de los derechos “a la protección de la salud y a la atención sanitaria”, incluyendo a todos los españoles y extranjeros (en los términos de la Ley Orgánica 4/2000), a los

Con ello, el SNS en España se configura como un sistema con importantes defectos y carencias, pero en su diseño, contenido, alcance y extensión es el mejor servicio público con el que cuenta el país, “pues ha logrado reunir las características esenciales indispensables para ofrecer sus prestaciones a todos los ciudadanos, con equidad y solidaridad, con un nivel aceptablemente alto de calidad, y a un coste razonable con respecto a la riqueza del país”¹⁵. Lo que resulta paradójico es que, teniendo efectivamente carencias y problemas, en los últimos años y cada vez más lo que se ponga en cuestión son precisamente sus rasgos más positivos, como son la financiación de la asistencia sanitaria vía impuestos, la cobertura universal, la provisión predominantemente pública, y unas prestaciones que dan acceso a los servicios de la medicina moderna sin coste para el paciente¹⁶.

3. La puesta en cuestión de la universalidad

La inclusión del derecho a la salud en la Constitución, por mucho que fuera incompleta e insatisfactoria, permitió en un primer momento que su perfeccionamiento como derecho viniera completado por la legislación ordinaria. Pero en cambio ha terminado permitiendo –como ya hemos adelantado– que también por vía legislativa se erosione el derecho e incluso se abandone el propio lenguaje de los derechos y en parte su lógica desde 2012.

Es cierto que los restos de la lógica de la Seguridad Social que todavía pervivieron en el sistema hicieron que en lo que respecta a la asistencia sanitaria pública, todavía quedaran algunas inconsistencias que permitían que determinados colectivos no quedasen bien integrados en el sistema y con ello no estuviera bien garantizado su derecho a la asistencia sanitaria pública. Esta situación se puso especialmente de manifiesto debido a las consecuencias sociales de la larga crisis económica iniciada en 2008, cuando muchos desempleados de larga duración a los que se les agotaban las ayudas y prestaciones por desempleo veían en muchas ocasiones como a la vez perdía vigencia su tarjeta sanitaria pública (y con ello la posibilidad de acceso a las prestaciones), viéndose en el mejor de los casos ante la necesidad de tramitar de nuevo su inclusión, pero padeciendo períodos de falta de cobertura. Esta situación había pasado relativamente desapercibida en momentos anteriores en los que el desempleo no era tan elevado, debido a que generalmente era posible que en muchos de estos casos los desempleados sin prestación pudieran ser beneficiarios de otros asegurados. Esta cuestión fue abordada en la disposición adicional sexta de la Ley 33/2011, que extendía, en principio definitivamente, el acceso a la asistencia sanitaria pública a todos los españoles residentes en España¹⁷.

nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea (en los términos del derecho comunitario y de los tratados aplicables) y a los nacionales extracomunitarios “que tienen los derechos que les reconozcan las leyes, los tratados y convenios suscritos”.

15 Álvarez GONZÁLEZ, ELSA MARINA, “El Sistema Nacional de Salud como sistema: realidad y carencias”, *Derecho y Salud*, Vol. 15, nº 1, Enero-Junio 2007, pp. 1-28, p. 22.

16 *Ibíd.*

17 La Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública en su Disposición adicional sexta parecía culminar la universalidad, al menos para los ciudadanos españoles residentes en el territorio del Estado, al extender la asistencia sanitaria pública también para

Pero en abril de 2012, cuando parecía que la universalidad del derecho había quedado por fin asegurada, al menos en el aspecto normativo, el RDLMU daba un giro radical, poniendo en cuestión no sólo la universalidad sino la propia lógica y lenguaje de los derechos. Paradójicamente, la universalidad en la asistencia, era cuestionada justo en el momento en que parecía por fin culminarse.

En efecto, el RDLMU de abril de 2012, supuso un paso atrás mayúsculo desde el punto de vista de la titularidad del derecho a la salud. Por un lado, en la medida en que abandona la consideración de la asistencia sanitaria desde el punto de vista de los derechos, sustituyendo la idea de titularidad del derecho por la de otorgamiento de la condición de asegurado. En segundo lugar, por el abandono de la lógica de Sistema Nacional de Salud –aun manteniendo la denominación– a favor de la vuelta a una lógica de aseguramiento de Seguridad Social, en la que la universalidad del derecho no es concebida como un punto de partida, sino que en todo caso se convierte en una posible consecuencia. En tercer lugar, por cuanto se reintroduce la idea de beneficencia, al exigir que las personas no cotizantes acrediten que no superan un determinado límite de ingresos para poder acceder a la condición de beneficiarios –lo que abre la puerta a la dualización y la exclusión. Por último, se retrocede de hecho en el camino a la universalidad del derecho, al excluir expresamente a colectivos hasta ahora incluidos, como el de los extranjeros extracomunitarios en situación administrativa irregular.

Esta norma modifica el artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, de tal forma que aunque nominalmente se sigue hablando de Sistema Nacional de Salud en realidad rompe la lógica asociada a ese modelo y cuestiona radicalmente la universalidad del derecho. El artículo pasa de hablar de titulares del derecho a hablar de la condición de asegurado, con lo que si bien podemos seguir con la idea de derecho a la protección de la salud, toda vez que no se modifica la LGS (ni en este sentido la Constitución), desde el punto de vista semántico se pasa a considerar la cuestión en otros términos. No ya del derecho a la salud como derecho universal y de ciudadanía en la lógica del Sistema Nacional de Salud, sino en términos de aseguramiento y en una lógica por lo tanto propia de un sistema de Seguridad Social. Este punto no contradice literalmente la Constitución, pero sí su lógica sistemática, la de la distinción entre Derecho a la Salud (art. 43) y Seguridad Social (art. 41).

En efecto, la nueva redacción rompe con la idea de universalidad del derecho a la salud tanto desde el punto de vista conceptual como desde el punto de vista material. Conceptualmente porque la lógica del seguro y el aseguramiento basado en la situación laboral de la persona hace depender la inclusión de tales circunstancias, en lugar de reconocer una pertenencia general. Y por cuanto, además, la categoría residual para recoger determinadas personas no aseguradas se desliza hacia la lógica de la beneficencia, al exigir acreditar que no se cuenta con ingresos superiores a un determinado umbral. Materialmente por cuanto

los que no pudiera serles reconocido en aplicación de otras normas. Particularmente se estaba expresamente considerando dos tipos de situaciones. Por un lado la de las personas expulsadas del sistema por haber agotado la prestación o subsidio por desempleo, para quienes se establecía su inclusión desde el 1 de enero de 2012. Por otra parte, para quienes ejercieran una actividad por cuenta propia, para los cuales se establecía un plazo de seis meses para que reglamentariamente se determinasen los términos y las condiciones de la extensión del derecho. El RDLMU de abril de 2012 cambió, como se verá a continuación, el enfoque, significando un gran paso atrás en la lógica de la universalización del derecho.

de hecho van a ser excluidas personas y colectivos que hasta el momento estaban incluidos, entre los cuales los extranjeros en situación administrativa irregular son los más llamativos pero están lejos de ser los únicos.

La nueva redacción establece los requisitos para ser beneficiarios de la asistencia sanitaria con cargo a fondos públicos, para lo cual se exigirá la condición de *asegurado* o de *beneficiario de un asegurado*. La condición de *asegurado* se obtiene en cinco supuestos, de los que el último es la figura residual basada en la beneficencia a la que nos hemos referido. En primer lugar ser trabajador por cuenta ajena o propia y en situación de alta en la Seguridad Social. En segundo lugar ser pensionista de la Seguridad Social. En tercer lugar, ser preceptor de alguna prestación periódica de la Seguridad Social, entre las que están las prestaciones y subsidios por desempleo. En cuarto lugar, en los casos en los que se haya agotado la prestación o subsidio de desempleo, si se está inscrito como demandante de empleo¹⁸. Por último, la figura residual, para quienes no cumplan ninguno de los supuestos anteriores y siempre que sean de nacionalidad española, de un Estado Miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza, o extranjeros con autorización de residencia, y que “podrán ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente”¹⁹. La condición de *beneficiario de un asegurado* la tendrán –siempre que residan en España– el cónyuge (o persona con análoga relación de afectividad), ex-cónyuge a cargo del asegurado, así como los descendientes a su cargo que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad grave²⁰.

Esto plantea la cuestión de la exclusión parcial de los extranjeros. Desde los primeros desarrollos legales del artículo 43 de la Constitución se asumió como titulares a “todos los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en territorio nacional”²¹. La discusión se planteó en los términos de si esto incluía a aquellos extranjeros que de hecho sean residentes pero en situación administrativa irregular (puesto que el artículo 1.3 LGS habla de los “extranjeros no residentes” entre los cuales sin duda están los transeúntes, pero seguramente también los residentes de hecho)²². Esta cuestión fue solucionada positivamente en el año 2000 mediante la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, al incluir a las personas en esta situación sin necesidad de que fuesen regularizados. Sin embargo en 2012 el RDLMU excluye de la asistencia a los extranjeros extracomunitarios sin autorización de residencia salvo las urgencias por enfermedad grave o

18 Hay que destacar que las reformas laborales aprobadas casi simultáneamente prevén que los demandantes de empleo que rechacen una oferta de contratación, cualesquiera que sean sus condiciones o incluso su ubicación geográfica, perderán su condición de demandantes de empleo, con lo que indirectamente los excluye de esta vía de acceso a la condición de beneficiario del sistema de salud.

19 El hecho de que la determinación del umbral se produzca reglamentariamente supone además un hecho grave, al dejar de establecerse por ley quién tiene garantizado el derecho.

20 En este sentido, los jóvenes que cumplan 26 años sin haber estado nunca empleados, una cifra por lo demás muy elevada, sólo podrían adquirir la condición de asegurados mediante la figura residual para personas por debajo del límite de ingresos (véase nota anterior).

21 Artículo 1.2 LGS.

22 Situaciones como las de los estudiantes extranjeros, en cambio, siempre han estado explícitamente excluidas.

accidente, asistencia al embarazo, parto y postparto y a menores de 18 años en todos los supuestos²³. La quiebra del derecho en este punto es de un alcance difícil de exagerar: los representantes gubernamentales han argumentado ante las críticas recibidas que el modelo es el de la sustitución de la idea del derecho por la de la beneficencia, en la medida en que se traslada el tercer sector la cuestión de la asistencia a los excluidos. Se estima que afectará a más de medio millón de personas en un ejercicio de lo que se ha podido denominar *xenofobia institucional*, ya que la reforma intenta trasladar a la opinión pública la imagen demagógica –y esencialmente falsa– del inmigrante que abusa del sistema de salud²⁴. Distintas asociaciones y entidades han llamado a la desobediencia de una medida que plantea problemas de constitucionalidad y que es atentatoria de los derechos humanos, como ha advertido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas²⁵.

Dichos problemas de constitucionalidad pueden venir por cuanto suponga una restricción injustificada de un derecho, pero también porque podría estar invadiendo competencias de Comunidades Autónomas que –como las de Cataluña, Aragón o País Vasco– reconocen expresamente la universalidad del acceso. De hecho sí que se ha planteado la cuestión en estos términos. El gobierno de la Comunidad Autónoma del País Vasco estableció por medio del Decreto 114/2012 que el ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita se extiende también a los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España y a cualquier persona excluida de la condición de asegurado ni de beneficiario. Y lo hizo estimando que con ello está cumpliendo un mandato constitucional derivado del artículo 43 CE²⁶. Ello ha derivado en un conflicto de competencias planteado ante el Tribunal Constitucional todavía no resuelto. Sin embargo sí que ha habido un pronunciamiento del Tribunal en el

23 Artículo 1 RDLMU, que modifica la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

24 DE LUCAS, JAVIER, “España castiga a los inmigrantes”, *Le Monde Diplomatique (edición española)*, nº 200, junio de 2012, p. 3.

25 El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en sus observaciones finales al informe entregado por España sobre la aplicación del PIDESC (E/C.12/ESP/C0/5), muestra su preocupación por esta reforma y “recomienda al Estado parte asegurar que, de conformidad con el Comentario General 14 y con el principio de universalidad de las prestaciones sanitarias, las reformas adoptadas no limiten el acceso de las personas que residen en el Estado parte a los servicios de salud, cualquiera sea su situación legal. También recomienda que el Estado parte evalúe el impacto de toda propuesta de recorte en cuanto al acceso de las personas y colectivos desfavorecidos y marginados a los servicios de salud”. Precisamente en este punto la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su informe de octubre de 2011 había aconsejado “El acceso a la atención sanitaria necesaria debe facilitarse a los inmigrantes irregulares con arreglo a los mismos criterios que los nacionales, aplicando idénticas normas en materia de pago de honorarios y exenciones”.

Es relevante la referencia a la Observación General nº 14 (200) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. Este documento aborda otra cuestión importante como es la idea de la progresividad y prohibición de regresividad de los derechos sociales. Si bien es una tesis que no ha sido acogida España por el Tribunal Constitucional, se ha argumentado que la obligación de progresividad (también entendida como gradualidad) que aparece recogida en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales implicaría también la prohibición de regresividad (ABRAMOVICH, VÍCTOR, COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 92 y ss.). En efecto, la Observación General nº 14 (remitiéndose a lo ya establecido en la Observación General nº 3, 1990) considera que “existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud”, correspondiendo en todo caso al Estado Parte que las adopte deliberadamente demostrar que se han aplicado después de un examen exhaustivo de todas las alternativas posibles. No parece que con el RDLMU haya sido el caso.

26 Se argumenta que no sólo afecta directamente al derecho a la salud de las personas excluidas, sino que también genera un riesgo para la salud pública la negación de la asistencia a personas afectadas por patologías infecciosas.

auto 239/2012 de 12 de diciembre mediante el que se levanta parcialmente la suspensión de este Decreto. En el auto el tribunal asume que a la hora de decidir si levanta la suspensión (pues de momento no se está pronunciado sobre el fondo del conflicto de competencias) hay que ponderar de un lado el interés general del beneficio económico asociado al ahorro y el “interés general de preservar el derecho a la salud” (FJ 4º). En su decisión, el Tribunal Constitucional recuerda la vinculación entre los artículos 43 y 15 de la Constitución, de forma que “teniendo en cuenta la concreción de los perjuicios derivados del levantamiento o del mantenimiento de la suspensión efectuada por las partes, así como la importancia de los intereses en juego, y apreciando este Tribunal que el derecho a la salud y el derecho a la integridad física de las personas afectadas por las medidas impugnadas, así como la conveniencia de evitar riesgos para la salud del conjunto de la sociedad, poseen una importancia singular en el marco constitucional, que no puede verse desvirtuada por la mera consideración de un eventual ahorro económico que no ha podido ser concretado, entendemos que se justifica el levantamiento de la suspensión de la vigencia de los preceptos referidos a la ampliación del ámbito subjetivo del derecho a acceder a la asistencia sanitaria pública y gratuita” (FJ 5º).

No se puede adelantar hasta qué punto el Tribunal Constitucional seguirá ponderando en este mismo sentido los intereses en juego a la hora de pronunciarse sobre el fondo del asunto. Ni tampoco si, llevando en razonamiento un paso más allá, la consideración del derecho a la salud, el derecho a la integridad física y la salud colectiva pueden ser razones que meramente permitan a una comunidad autónoma extender la asistencia sanitaria pública y gratuita a los actualmente excluidos, o también sería razones que obligarían a hacerlo con carácter general. Es decir, si en realidad el propio sistema diseñado en el RDLMU es en su conjunto inconstitucional. De momento, el solo hecho de que el Tribunal Constitucional haya recogido estas razones de principio hay que considerarlo como un indicio esperanzador²⁷.

Está por evaluar la incidencia real de la reforma en términos del número de personas que serán expulsadas del sistema, o que vean reducidas las prestaciones a las urgencias graves (así como la incidencia de ello en términos de salud). Pero lo que se pone de manifiesto en la reforma es un cambio en la concepción del sistema. Un cambio que, sin embargo, no se explicita y mucho menos se justifica. Un cambio que se hace, además, de una forma paralegal: sin modificar los principios recogidos en la Ley General de Sanidad y sin hacer siquiera mención a la Constitución. Pero no por ello deja de suponer un auténtico cambio de rumbo que puede tener consecuencias mayores que las medidas puntuales que se establecen. Es por eso conveniente examinar los principios que inspiraban el sistema que ahora es puesto en duda.

27 El Tribunal Constitucional también ha admitido a trámite los recursos de inconstitucionalidad presentados por los gobiernos de Andalucía, Asturias (septiembre de 2012), País Vasco y Canarias (febrero de 2013) contra ciertos preceptos del RDLMU.

4. El valor de la universalidad del derecho a la salud

Cualquier examen del modo en que se presenta, se protege y se garantiza el derecho a la salud, tiene que detenerse en el examen de los *sistemas de salud*, de cuya estructura depende en buena medida el grado de protección que en un determinado contexto tenga el derecho a la salud, así como su configuración jurídica última. Los dos grandes modelos de generalización de la asistencia sanitaria y que siguen de alguna manera inspirando los modelos actuales son el llamado “modelo Bismark” o de Seguridad Social y el llamado “modelo Beveridge”, desarrollados respectivamente en Alemania a finales del siglo XIX y en Gran Bretaña en los años cuarenta del siglo XX²⁸. El modelo de seguridad social está históricamente vinculado con la “cuestión social” y con las tentativas de incorporar a la clase obrera y con ello reducir las posibilidades de cambios revolucionarios. Supone que los trabajadores cotizan obligatoriamente una parte de su salario para constituir un fondo de seguro que los atiende a ellos y a sus familias. Tiene un carácter público, social y tendencialmente igualitario por cuanto las primas de los seguros dependen de factores como los ingresos, pero no de factores de riesgo como la edad o el historial médico. Como este sistema deja a una parte de la población fuera de su cobertura, los países europeos que lo aplican se han ido arbitrando diferentes mecanismos de inclusión.

No obstante, el modelo que se considerará como el típicamente característico del “Estado de bienestar” de la segunda posguerra es el modelo de Sistema Nacional de Salud, o modelo “Beveridge” británico (denominado así por el informe Beveridge de 1942). No sólo es típico del Estado del bienestar, sino que sólo llega a ser posible por el carácter moderno del sistema impositivo británico, ya basado en aquel entonces –frente a otros países como la propia Alemania– en impuestos directos sobre la renta más que en impuestos indirectos o contribuciones a la seguridad social²⁹. Su origen está conectado también con la cuestión social. Cuando estalla la Segunda Guerra Mundial existía en Gran Bretaña la conciencia de una necesidad de cambio ante la evidencia de los resultados sociales traducidos en la mortalidad y morbilidad evitable como herencia de la Gran Depresión. El plan Beveridge, postulaba por ello que los británicos se consagrarían tanto más a los esfuerzos de guerra cuanto más percibieran que su gobierno se preocupaba por ellos y por preparar un mundo mejor. En lo que aquí nos interesa el informe establecía la necesidad de contar con un Sistema Nacional de Salud que proporcione “tratamiento preventivo y curativo completo para todos los ciudadanos sin excepciones, sin límite de coste y sin barreras económicas en ningún punto que puedan retrasar el acceso al mismo”³⁰. En este sistema se parte de la universalización del derecho a la asistencia sanitaria, del que se reconoce que son titulares todos los habitantes del país. El sistema tiene una financiación vía Presupuestos Generales, y por lo tanto esencialmente mediante impuestos.

28 Para su génesis histórica y la distinción entre estos modelos en el ámbito de la protección de la salud, LEMA AÑÓN, CARLOS, *Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud. Historia del derecho a la salud en el siglo XX*, Dykinson, Madrid, 2012, pp. 29 y ss.

29 DAUNTON, MARTIN J., “Payment and participation: Welfare and State-Formation in Britain 1900-1951”, en *Past and Present*, nº 150, 2006, pp. 169-216, p. 178.

30 BEVERIDGE, William HENRY, *Informe de Lord Beveridge. V I. Seguro Social y Servicios Afines*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989.

Normalmente la provisión de servicios es pública o mayoritariamente pública mediante dispositivos asistenciales propios del Sistema y la prestación de servicios es gratuita en el momento del uso.

Aunque eventualmente ambos modelos pueden llegar a niveles de cobertura similares, sus puntos de partida y sus consecuencias para el derecho a la salud son muy diferentes. En el modelo de seguridad social la universalidad es un punto de llegada al que eventualmente se puede llegar y probablemente no de forma completa. En el modelo del sistema nacional de salud, por el contrario, la universalidad es un punto de partida del modelo y con ello una exigencia del mismo.

En la constitución española, como hemos visto, la seguridad social se recoge en un artículo diferente que el derecho a la salud y ello a pesar de que tradicionalmente el sistema de seguridad social se había venido ocupando de la gestión del sistema de salud. De hecho, en el artículo 41 no se alude en ningún momento a la salud. Todo ello, junto con su interpretación conforme a tratados internacionales de derechos, son razones para pensar que el diseño constitucional parece estar prefigurando el proceso de progresiva separación de las prestaciones sanitarias respecto a la seguridad social. Con ello se puede argumentar que el diseño constitucional es más acorde con la consolidación de un servicio público de salud con financiación y cobertura generales, tendente en este sentido hacia la universalización antes que por un Sistema de Seguridad Social que integre seguros de salud³¹.

Pero el ataque que se está realizando a la universalidad del derecho es de mayor calado todavía. Aunque en términos sociales su impacto no sea comparable, la reforma de 2012 excluye también a las personas con rentas altas o medias no derivadas del trabajo (sea por cuenta propia o ajena). En la medida en que el umbral de ingresos no ha sido determinado, no se puede cuantificar tampoco todavía su número. Sin embargo sí que es necesario cuestionar la lógica subyacente –de marcado cariz demagógico– como es la apelación a que no han de ser beneficiarias aquellas personas que tengan capacidad autónoma suficiente para costearse un seguro privado. Este argumento pasar por alto que el sistema en su conjunto se financia mediante un sistema impositivo que debería ser, según la constitución, justo e “inspirado en los principios de igualdad y progresividad” (31 CE)³². Es decir, nuevamente se pasa por alto la propia idea de un sistema nacional de salud, cuya lógica es diferente de la de un sistema de seguridad social.

31 ALONSO OLEA, MANUEL, *Las prestaciones sanitarias de la seguridad social*, Madrid: Civitas, 1994, p. 36. Aunque no es unánime, esta es la posición que adopta la mayoría de la doctrina jurídica: véase BELTRÁN AGUIRRE, JUAN LUIS, “¿Sistema Nacional de salud o asistencia sanitaria de la seguridad social?”, *Derecho y salud*, vol. 15, 2007, pp. 27-39.

32 Y aunque quizá no sea su consecuencia más grave, las enormes deficiencias del sistema fiscal español generarían graves injusticias, aun si se aceptase la lógica subyacente de que los más ricos no deben beneficiarse del sistema público de salud. La razón es que ciudadanos de rentas medias o altas pero que sí pagan los impuestos directos que les corresponden, no tendrían acceso a prestaciones públicas que se financian en parte con tales impuestos. En cambio, sí podrían acceder a estas prestaciones las personas enormemente ricas que, en cambio, gracias a la evasión fiscal y a la utilización de subterfugios legales mediante los que logran escamotear esta riqueza, fiscalmente aparecerán incluso por debajo del umbral. De hecho, en la práctica el impuesto sobre la renta en España casi sólo grava las rentas del trabajo, con la consecuencia de que los más ricos logran escapar de la imposición. Para el año 2009, tan solo el 0,035% de los contribuyentes aparecían en el tramo superior a los 600.000 € y entre 150.000 y 600.000 únicamente el 0,41%, cifras que son absolutamente irreales. De acuerdo con ellas, sólo unas 6.800 personas ingresarían más de 600.000€. Se estima que en realidad superan las 140.000 personas (RAVENTÓS, DANIEL, “¿Dónde están los ricos del Reino de España?”, en *Revista Sin Permiso*, 10-07-2011. Disponible en <http://www.sinpermiso.info/textos/index.php?id=4292>).

Abrir esta vía puede conducir a una pérdida de la cohesión social, a una dualización del sistema y a una degradación de los servicios públicos de salud. Pero sobre todo rompe la lógica de derecho social universal a la que debería estar vinculado el derecho a la salud³³. Aunque se ha manejado de forma muy amplia, el argumento de que quienes tienen capacidad económica autónoma para acceder a unas determinadas prestaciones objeto de un derecho social, no deben ser titulares de ese derecho o beneficiarios del mismo, es un razonamiento muy débil y sobre todo rompe con la lógica asociada a los derechos (sociales o no), que es la de la universalidad. Limitar los derechos sociales a quienes no puedan permitírseles degrada la propia idea de derecho, pues conduce a la lógica de la beneficencia y a una idea de subsidiariedad de los derechos sociales que los degrada. La lógica de los derechos sociales es que hay determinados bienes que deberían ser demasiado importantes como para dejárselos al mercado, en la medida en que éste los distribuirá de forma desigual y con exclusiones. La lógica subyacente es que, en la atribución de estos bienes, los individuos no han de ser tratados como competidores respecto a ellos; y que bienes como la salud o la educación no han de verse como un premio o un resultado en que unos sean los ganadores y otros los perdedores. Pero si estos bienes adoptan la forma de mercancía, si son intercambiables por dinero, entonces inevitablemente habrá ganadores y perdedores³⁴. De ahí, que para evitar este resultado la lógica de los derechos sociales ha de ser, por tanto, una lógica de *desmercantilización*.

Por todas estas razones, el camino regresivo emprendido en la reforma de 2012 tiene un calado mucho más grande que la ya de por sí exclusión injusta de los extranjeros en situación administrativa irregular. Supone conceptualmente la cuña que pone en cuestión la arquitectura del sistema público de salud y de la propia asistencia sanitaria pública entendida como un derecho.

Fecha de recepción: 16 de diciembre de 2013

Fecha de aceptación: 15 de julio de 2014

33 Me he ocupado de esta cuestión en LEMA AÑÓN, CARLOS, "Derechos sociales, ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales", en *Derechos y libertades. Revista de Filosofía del derecho y derechos humanos*, nº 22, 2010, pp. 179-203.

34 JACOBS, LESLEY A., *Pursuing Equal Opportunities. The theory and practice of egalitarian justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 175.