



CIUDADANÍA Y VALORES
FUNDACIÓN

IV Simposio Internacional de Inmigración

Inmigración y Derechos Humanos: Inmigración y Familia

Valencia, 9 de abril de 2010

Carlos Ortega Carballo

Letrado del Tribunal Constitucional

Perspectiva constitucional de los derechos de educación y de protección de la salud de los extranjeros en España

Carlos Ortega Carballo

Letrado del Tribunal de Cuentas desde y Letrado del Tribunal Constitucional

Introducción.

Dentro de la jurisprudencia constitucional sobre extranjería, se debe destacar la STC 236/2007, de 7 de noviembre, que resolvió los recursos de inconstitucionalidad planteados frente a la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, basados, esencialmente, en la diferencias establecidas en dicha ley en relación con la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros dependiendo de la legalidad o no de su residencia en España.

El Tribunal Constitucional, desde la inicial STC 107/1984, de 23 de noviembre, hasta la citada STC 236/2007, de 7 de noviembre, ha realizado un análisis de la Constitución en busca de los parámetros que el texto constitucional ha establecido para determinar los derechos fundamentales que pertenecen a los extranjeros en España. Para ello se ha referido en las sentencias señaladas a la interpretación que debe prevalecer del art. 13 CE¹.

En este análisis el Tribunal en la STC 107/1984 clasificó los derechos de los no nacionales en tres categorías, diferenciando aquéllos que pertenecen a la persona en cuanto tal, que son inherentes a su dignidad y que por tanto, no cabe establecer diferencias en cuanto a su régimen jurídico entre españoles y extranjeros; en segundo término, se refirió a los derechos políticos que, salvo excepciones, sólo pertenecerán a los ciudadanos españoles, y, por último, aludió a los demás derechos de los que serán titulares los ciudadanos no nacionales en tanto en cuanto así lo reconozcan los tratados internacionales o las leyes.

¹ Art. 13 CE: “1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley. 2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”.

Esta clasificación ha sido, en cierta forma, superada en la STC 236/2007. Recuerda el Tribunal, en línea con su anterior jurisprudencia, que existen derechos que pertenecen a la persona por el hecho de serlo, sin que puedan establecerse diferencias por la nacionalidad de su titular (inherentes a su dignidad), y que corresponderían a los extranjeros por propio mandato constitucional. En la regulación de este tipo de derechos no resulta constitucionalmente legítimo un tratamiento desigual respecto de los nacionales, puesto que gozan de ellos en condiciones plenamente equiparables a los españoles. Estos derechos, en palabras del Tribunal, son los que “pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos, o dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución es el fundamento del orden político español” (STC 107/1984).

En el desarrollo de la jurisprudencia, el Tribunal ha encuadrado entre estos derechos el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica (STC 107/1984, FJ 3), también el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985, FJ 2) y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003, de 22 de mayo, FJ 4); el derecho a la libertad y a la seguridad (STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 5), y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1). Estos derechos que, como aclara el Tribunal, no constituyen una lista cerrada y exhaustiva, deben regularse en idénticas condiciones para nacionales y extranjeros.

Por tanto, reconoce la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, además de derechos fundamentales que pertenecen exclusivamente de los españoles (derechos políticos, con alguna excepción), los derechos fundamentales que pertenecen a la persona en cuanto tal y que son “inherentes a su dignidad”. Hasta aquí la STC 236/2007, no añade novedad alguna a lo dicho en la STC 107/1984. Sin embargo no acaba aquí la clasificación de los derechos ya que, tanto la STC 107/1984 como la STC 236/2007, reconocen la existencia de un tercer grupo de derechos del Título I, que pertenecerán o no a los extranjeros en tanto así lo reconozcan los tratados y las leyes.

El Tribunal para indagar en los derechos fundamentales que pueden pertenecer a los extranjeros retoma un argumento esencial en esta materia: la relación entre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona, y recuerda que ha estimado que “la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre... constituyendo, en consecuencia un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar”. Sin embargo, el Tribunal reconoce que existen dificultades para determinar cuando un derecho debe calificarse como “inherente” a la dignidad de la persona puesto que “todos los derechos fundamentales, por su misma naturaleza, están vinculados a la dignidad humana”. Quizá porque la dignidad de la persona está presente o se ve afectada en todos y cada uno de los derechos fundamentales, en la STC 236/2007 se introduce un novedoso parámetro para resolver este problema: el grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad.

Este grado de conexión de un derecho con la dignidad humana, que provoca serias dudas en cuanto a su utilidad como parámetro para clasificar derechos fundamentales, debe

determinarse, dice el Tribunal Constitucional, a partir del contenido esencial del derecho en cada caso, “del tipo abstracto de derecho y de los intereses que básicamente protege”, que permitirá a su vez precisar en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona concebida como un sujeto de derecho, siguiendo para ello la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales a los que remite el art. 10.2 CE, que en este punto adquieren “especial relevancia”.

Constatada por el Tribunal Constitucional la relación inescindible de todo derecho fundamental con la dignidad de la persona, la clasificación originaria que estableció en la STC 107/1984, quedaría reducida, después de la STC 236/2007, a una división entre los derechos fundamentales “políticos”, que pertenecerían, en principio, sólo a los españoles, y los demás derechos que dependiendo de su mayor o menor vinculación con la dignidad de la persona, pertenecerán a los extranjeros en las mismas condiciones que a los nacionales o se podrán establecer condicionamientos adicionales a su ejercicio.

Derecho a la educación del los extranjeros en España.

Sobre el derecho a la educación de los extranjeros en España, se debe partir del marco jurídico fundamental, que arranca en nuestro ordenamiento del artículo 27 de la Constitución².

Además de dicho precepto, de manera esquemática se debe realizar un recorrido sobre la posición del legislador en cuanto al derecho a la educación de los extranjeros en España.

El punto de partida está constituido por la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, que reconocía en su artículo 9, a los extranjeros que se *hallasen legalmente* en territorio nacional el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, así como el derecho a la creación y dirección de centros docentes, de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes y atendiendo al principio de reciprocidad.

² Art 27 CE: “1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza. 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. 3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. 4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita. 5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes. 6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales. 7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la Ley establezca. 8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las Leyes. 9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca. 10. Se reconoce la autonomía de las Universidades en los términos que la Ley establezca”.

Se trataba de una primera aproximación al derecho a la educación desde la perspectiva de la extranjería. Debe destacarse que los derechos que se mencionan se reconocen a los extranjeros que se hallaran legalmente en territorio nacional, lo que pone de manifiesto el escaso impacto que, en aquellas fechas, tenía el fenómeno de la inmigración irregular.

La Ley Orgánica 7/1985 fue derogada por la Ley Orgánica 4/2000, cuyo artículo 9 (*"Derecho a la educación"*) disponía, en su redacción inicial, que *todos los extranjeros menores de dieciocho años tenían derecho a la educación en las mismas condiciones que los españoles, (derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas)*. Asimismo se reconocía el derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. Se exigía, sin embargo, la residencia legal para el desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica.

Como puede observarse desaparece el requisito de la residencia, de modo que el reconocimiento del derecho a la educación se reconoce a todos los extranjeros –tanto para la enseñanza obligatoria como para la no obligatoria- y se hace *"en las mismas condiciones que los españoles"*. En cambio, el acceso a actividades docentes o de investigación científica y el derecho a crear y dirigir centros queda reservado a los *"extranjeros residentes"*.

El artículo 9 transcrito tuvo, sin embargo, una duración muy limitada (hasta el 23 de enero de 2001), puesto que resultó pronto modificado por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre³.

En lo que se refiere al derecho a la educación, la reforma distinguió tres niveles: la enseñanza básica, gratuita y obligatoria (que ya no aparece sólo como derecho sino también como deber), la educación infantil (voluntaria, pero en la que las Administraciones públicas

³ La nueva redacción disponía: *"1. Todos los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas.*

2. En el caso de la educación infantil, que tiene carácter voluntario, las Administraciones públicas garantizarán la existencia de un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite.

3. Los extranjeros residentes tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. En concreto, tendrán derecho a acceder a los niveles de educación y enseñanza no previstos en el apartado anterior y a la obtención de las titulaciones que correspondan a cada caso, y al acceso al sistema público de becas y ayudas.

4. Los poderes públicos promoverán que los extranjeros residentes que lo necesiten puedan recibir una enseñanza para su mejor integración social, con reconocimiento y respeto a su identidad cultural.

5. Los extranjeros residentes podrán acceder al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes. Asimismo podrán crear y dirigir centros de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes".

deben garantizar plazas suficientes) y los demás niveles de educación y enseñanza, que quedan reservados a los extranjeros residentes.

Paralelamente, se perfilaba una importante diferencia entre los menores de 18 años y los mayores de edad, puesto que a los primeros no se les exige el requisito de la residencia y a los segundos sí. Ahora bien, el derecho que se reconoce a los menores de 18 años parece limitarse a la enseñanza básica (gratuita y obligatoria); pero, dado que esa enseñanza concluye normalmente a los 16 años (artículo 4.2 de la LOE), los menores extranjeros que hubieran concluido los cursos de enseñanza básica no podrían acceder a los siguientes niveles a menos que tuvieran residencia legal en España.

Esta exclusión del sistema educativo de menores extranjeros daría lugar a la interposición de un recurso de inconstitucionalidad que culminó con la Sentencia 236/2007. Razona el Tribunal Constitucional que el art. 27 CE dispone que “Todos tienen derecho a la educación” (apartado 1), el cual “tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales” (apartado 2), correspondiendo a los poderes públicos garantizar “el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza” (apartado 5), que cuando es “básica es obligatoria y gratuita” (apartado 4).

Destaca la estrecha conexión de todos los preceptos incluidos en el art. 27 CE, que permite “hablar, sin duda, en términos genéricos, como denotación conjunta de todos ellos, del derecho a la educación, o incluso del derecho de todos a la educación, utilizando como expresión omnicomprendensiva la que el mencionado artículo emplea como fórmula liminar” (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3). De los tratados internacionales sobre la materia que el Tribunal analiza, se deduce la inequívoca vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana, dada la innegable trascendencia que aquélla adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, y para la misma convivencia en sociedad, que se ve reforzada mediante la enseñanza de los valores democráticos y el respeto a los derechos humanos, necesarios para “establecer una sociedad democrática avanzada”, como reza el preámbulo de la Constitución. De las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la educación, interpretadas de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales referidos, se deduce que el contenido constitucionalmente garantizado de ese derecho, en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad.

Por otra parte, según el Tribunal Constitucional, también de las disposiciones examinadas y de su recta interpretación se obtiene que el derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE corresponde a “todos”, independientemente de su condición de nacional o extranjero, e incluso de su situación legal en España. En conclusión, el contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el art. 10.1 CE del derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE incluye el acceso no sólo a la enseñanza básica, sino también a la enseñanza no obligatoria, de la que no pueden ser privados los extranjeros que se encuentren en España y no sean titulares de una autorización para residir.

La Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, ha dado una nueva redacción al artículo 9 de la LOEX⁴, acomodando la ley a la jurisprudencia constitucional antes señalada.

“1. Los extranjeros menores de dieciséis años tienen el derecho y el deber a la educación, que incluye el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria. Los extranjeros menores de dieciocho años también tienen derecho a la enseñanza posobligatoria.

Este derecho incluye la obtención de la titulación académica correspondiente y el acceso al sistema público de becas y ayudas en las mismas condiciones que los españoles.

En caso de alcanzar la edad de dieciocho años en el transcurso del curso escolar, conservarán ese derecho hasta su finalización.

2. Los extranjeros mayores de dieciocho años que se hallen en España tienen derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa. En todo caso, los extranjeros residentes mayores de dieciocho años tienen el derecho a acceder a las demás etapas educativas posobligatorias, a la obtención de las titulaciones correspondientes, y al sistema público de becas en las mismas condiciones que los españoles.

3. Los poderes públicos promoverán que los extranjeros puedan recibir enseñanzas para su mejor integración social.

4. Los extranjeros residentes que tengan en España menores a su cargo en edad de escolarización obligatoria, deberán acreditar dicha escolarización, mediante informe emitido

⁴ La reforma estableció la siguiente redacción: *“1. Los extranjeros menores de dieciséis años tienen el derecho y el deber a la educación, que incluye el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria. Los extranjeros menores de dieciocho años también tienen derecho a la enseñanza posobligatoria.*

Este derecho incluye la obtención de la titulación académica correspondiente y el acceso al sistema público de becas y ayudas en las mismas condiciones que los españoles.

En caso de alcanzar la edad de dieciocho años en el transcurso del curso escolar, conservarán ese derecho hasta su finalización.

2. Los extranjeros mayores de dieciocho años que se hallen en España tienen derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa. En todo caso, los extranjeros residentes mayores de dieciocho años tienen el derecho a acceder a las demás etapas educativas posobligatorias, a la obtención de las titulaciones correspondientes, y al sistema público de becas en las mismas condiciones que los españoles.

3. Los poderes públicos promoverán que los extranjeros puedan recibir enseñanzas para su mejor integración social.

4. Los extranjeros residentes que tengan en España menores a su cargo en edad de escolarización obligatoria, deberán acreditar dicha escolarización, mediante informe emitido por las autoridades autonómicas competentes, en las solicitudes de renovación de su autorización o en su solicitud de residencia de larga duración”.

por las autoridades autonómicas competentes, en las solicitudes de renovación de su autorización o en su solicitud de residencia de larga duración”.

Se ha planteado un nuevo recurso de inconstitucionalidad que en estos momentos está pendiente de resolución. Se basa en que apartado 2, sólo garantizaría a los extranjeros mayores de 18 años el derecho a la educación posobligatoria si tienen autorización de residencia en España lo que, a juicio del recurrente, vulneraría lo dispuesto en el art. 27 CE según la interpretación que, de dicho precepto constitucional, ha realizado este Tribunal Constitucional en la STC 236/2007.

Derecho a la protección de la salud de los extranjeros en España.

El art. 43 de la Constitución establece que *“se reconoce el derecho a la protección de la salud”*. El mencionado precepto se ubica en el Capítulo III del Título I, dentro de *“Los principios rectores de la política social y económica”*. Parece evidente que la salud no puede constituirse como un derecho en sí, sino que lo que en realidad se puede garantizar es su protección por parte de los poderes públicos. Así, el propio art. 43.2 dispone que *“compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”*.

En principio, de la lectura del precepto y de la utilización para determinar la extensión de este derecho de la fórmula impersonal *“se reconoce”* (el derecho a la protección de la salud), no puede extraerse otra conclusión que no sea que este derecho se predica de toda persona, ya que el texto constitucional no establece diferencia alguna por razón de la nacionalidad del sujeto beneficiario de la protección que se predica.

Dentro del derecho a la protección de la salud que reconoce el mencionado art. 43 CE, se pueden diferenciar, desde el punto de vista de los poderes públicos, dos facetas. La primera vendría determinada por el derecho de cada persona a impedir que los poderes públicos interfieran negativamente en su salud, es decir, desde este punto de vista el derecho a la salud se configuraría como un límite negativo, como una prohibición de injerencias del Estado. La segunda faceta de este derecho dentro de un Estado social es de signo positivo, vendría configurada por las prestaciones que el Estado debe proporcionar para garantizar a las personas este derecho.

La Constitución no ha incluido el derecho a la protección a la salud en el listado de derechos fundamentales de la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero. Por tanto, no se puede calificar el derecho a la protección de la salud en sí mismo, como un verdadero derecho fundamental, por lo que tampoco sería susceptible de ser protegido a través de los procedimientos previstos en el art. 53.2 CE, entre ellos, singularmente, el recurso de amparo constitucional. Lo cierto es que el art. 43 CE está ubicado en el Capítulo Tercero del citado Título Primero, dentro de los *“Principios rectores de la política social y económica”*.⁵

⁵ En este sentido, no sólo debe destacarse el mandato contenido en el art. 53.3 CE: *“El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen”*, sino que, el

No obstante debe destacarse la relación del derecho a la protección a la salud y el derecho a la vida e integridad física; a lo largo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se pueden encontrar pronunciamientos dispares; con cierta rotundidad el Tribunal ha negado la equiparación de ambos derechos en el ATC 57/2007, de 26 de febrero, relativo a la negativa del recurrente, bajo el argumento de la lesión de su derecho a la integridad física, de aportar el perfil biométrico de su mano con la finalidad de implantar un sistema de control de permanencia del personal. El Tribunal, en el peculiar contexto señalado, consideró inaceptable asimilar el derecho a la integridad física (art. 15 CE) con el derecho a la protección de la salud que, recuerda, enunciado en el art. 43.1 CE, no es un derecho fundamental, sino un principio rector de la política social y económica, que puede ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen (art. 53.3 CE), pero que no puede ser objeto de la tutela extraordinaria que para determinados derechos fundamentales supone el amparo constitucional (art. 53.2 CE).

No obstante, el Tribunal Constitucional ha reconocido *“la indudable conexión”* entre ambos derechos, si bien, no ha aceptado, en principio, que se invoque en el recurso de amparo la tutela del derecho a la protección de la salud mediante la introducción de su contenido en el ámbito del derecho a la vida y a la integridad física (ATC 192/1993, de 14 de junio, FJ 1).

De inicio, no puede aceptarse que todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental a la integridad física. Sin embargo, también se ha reconocido el Tribunal en el citado ATC 57/2007, de 26 de febrero que *“para que la afectación de la salud de una persona por una determinada actuación de los poderes públicos suponga la lesión de su derecho fundamental a la integridad física es requisito necesario que como consecuencia de aquélla se “ponga en peligro grave e inmediato la salud” o se produzca lo que en la STC 220/2005, de 12 de septiembre, se denominó “un riesgo relevante” que genere “un peligro grave y cierto para la salud del afectado”*. También en la en la STC 5/2002, de 14 de enero, se afirmó que el *“derecho a la salud o, mejor aún, el derecho a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal del artículo 15 CE, si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma”* (STC 5/2002, FJ 4).

En síntesis, se puede afirmar que el Tribunal se niega, en principio, a equiparar el derecho a la protección de la salud con los derechos contenidos en el art. 15 CE; tampoco admite la utilización procesal fraudulenta del derecho a la vida y a la integridad física y moral para poder acceder a la tutela que ofrece el recurso de amparo en aquellos supuestos en los que pudiéndose haber lesionado el derecho contenido en el art. 43 CE no se haya invadido el

propio Tribunal Constitucional, precisamente en un supuesto en que se debatía el derecho de acceso de un extranjero a las prestaciones sanitarias, en la STC 95/2000, de 10 de abril, FJ 5, afirmó que *“los principios rectores de la política social y económica, entre los que se encuentra el precepto citado, art. 43 CE, no son meras normas sin contenido (STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6) sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el art. 53.3 CE.”*

ámbito de los derechos contenidos en el art. 15 CE. No obstante, el propio Tribunal no niega la *“indudable conexión entre ambos derechos”* y sin adoptar criterios absolutos, *a priori*, no descarta que una lesión del derecho a la protección de la salud, pudiera –dependiendo de la intensidad o gravedad- llegar a constituir a su vez una lesión del art. 15 CE.

Por lo que se refiere al ámbito internacional, debe señalarse que el derecho a la salud viene reconocido en los textos internacionales en términos amplios a favor de todas las personas, con independencia de cualquier otra circunstancia relativa a su estatus jurídico.

Dentro del ordenamiento infraconstitucional, para poder analizar el derecho de los extranjeros a la protección de la salud, se debe partir del hecho de que el ordenamiento ha previsto una cobertura del derecho a la protección de la salud de carácter “universal”, puesto que el ciudadano español, o bien está bajo la cobertura del sistema de la Seguridad Social, o bien puede acceder al sistema sanitario si acredita insuficiencia de medios económicos, o, finalmente, en el caso de que sin tener derecho a las prestaciones por la Seguridad Social no acredite insuficiencia económica, el acceso a las prestaciones sanitarias será con el correspondiente abono de las mismas.

La regulación del ordenamiento nacional en relación con los extranjeros, además de en la propia CE, art. 43 en relación con el art. 13, se llevó a cabo, en primer término y con carácter general en la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril⁶. El legislador del año 1986, sin una clara conciencia de la incidencia de la inmigración, estableció un principio general de equiparación de los extranjeros con residencia legal y los nacionales y una cláusula residual para los extranjeros en situación irregular, cuyos derechos a la asistencia sanitaria se remitían a la ley o tratado internacional oportuno. No obstante, siempre cabía la posibilidad de aplicar el art. 16 de la citada norma que preveía el acceso a los servicios sanitarios de manera privada y con el compromiso de sufragar el coste de dicha asistencia.

Por su parte la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre los derechos y libertades de los extranjeros nada establecía sobre este derecho. Cuando el fenómeno de las inmigración adquiere relevancia porque el número de extranjeros en nuestro país es significativo, el legislador tuvo que reaccionar, entre otras, a través de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Dicha norma, además de

⁶ Art. 1: *“1. La presente Ley tiene por objeto la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución .*

2. Son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional.

3. Los extranjeros no residentes en España, así como los españoles fuera del territorio nacional, tendrán garantizado tal derecho en la forma que las leyes y convenios internacionales establezcan.

4. Para el ejercicio de los derechos que esta Ley establece están legitimadas, tanto en la vía administrativa como jurisdiccional, las personas a que se refiere el apartado 2 de este artículo.”

establecer en su art. 3, el criterio interpretativo de vital importancia, según el cual, “se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta ley en condiciones de igualdad con los españoles”, reguló el derecho a la protección a la salud en su vertiente prestacional.

El art. 12 establecía: “1. Los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el Padrón del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. 2. Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica. 3. Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. 4. Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto.”

La última reforma de la Ley Orgánica 4/2000, llevada a cabo a través de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, ha dado una nueva redacción al punto primero del citado art. 12⁷, modificando la expresión “inscritos en el Padrón del municipio en el que residan habitualmente”, por “inscritos en el Padrón del municipio en el que *tengan su domicilio habitual*”. Esta modificación no debe implicar ninguna modificación sustancial respecto del régimen anterior.

De la lectura del citado precepto se desprende una diferente extensión del derecho a la sanidad dependiendo de distintas circunstancias que pasamos a examinar.

En primer lugar, llama la atención que el legislador al regular el derecho a la protección de la salud de los extranjeros no diferencie, como ha hecho al regular otros derechos –sin perjuicio de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional–, la legalidad o no de su residencia en España, sino que, de forma más sutil con el objetivo de otorgar mayor cobertura, la diferencia en cuanto a la extensión del derecho se vincula, en primer término, a que el extranjero esté o no inscrito en el Padrón Municipal. Conviene examinar, por tanto, las peculiaridades sobre el acceso al Padrón de los extranjeros que se hallen en España, puesto que ese es el dato que el legislador ha establecido como condición para determinar la extensión del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros.

Debe analizarse, por tanto, el empadronamiento como “título habilitante” para acceder a la asistencia sanitaria. En principio, según el citado art. 12 Ley Orgánica 4/2000, para poder acceder a las prestaciones del sistema sanitario “*en las mismas condiciones que los españoles*”, al extranjero, aún sin regularizar su estancia en el país, “sólo” se le exige estar empadronado en el municipio en el que, según dice ahora la ley, tenga su domicilio habitual, requisito administrativo que, en principio, es exigible igualmente a los ciudadanos españoles. Ha cobrado actualidad el problema relativo al deber de los Ayuntamientos de admitir en sus

⁷ La Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, ha dado una nueva redacción al punto primero del citado art. 12.1: “los extranjeros que se encuentren en España, inscritos en el Padrón del municipio en el que *tengan su domicilio habitual*, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles”.

respectivos padrones municipales a todos los extranjeros residentes sin tener en cuenta la regularidad de su situación, por la amenaza de algún municipio de negar dicha inscripción. La polémica suscitada, desde un punto de vista estrictamente jurídico parece artificial, ya que la normativa, hoy por hoy, no ofrece demasiadas dudas al respecto.

La regulación del Padrón Municipal de habitantes fue modificado por la Ley 4/1996, de 10 de enero, que eliminó la clásica distinción entre, vecinos, domiciliados y transeúntes, para centrarse en el dato de “residencia habitual” como simple hecho, sin connotación jurídica, estableciendo la obligación de inscribirse de todos los que vivan en España. En este sentido, el art. 15 Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, dispone que *“toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el Padrón del municipio en el que resida habitualmente”*. En concreto, en relación con los residentes extranjeros, el art. 16 de dicha norma, después de definir el Padrón municipal como el Registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio, establece que, si bien la inscripción en el Padrón subsistirá mientras subsista el hecho que la motivó, *“en todo caso, deberá ser objeto de renovación periódica cada dos años, cuando se trate de la inscripción de extranjeros no comunitarios sin autorización de residencia permanente”*. Es decir, la inscripción del extranjero en situación de irregularidad se configura como una obligación más que como un derecho, sin perjuicio de que el extranjero en dicha situación tenga la carga de renovar cada dos años su inscripción so pena de la caducidad de la misma.

Según el art. 16.2 LBRL, los requisitos para que el extranjero irregular pueda acceder al Padrón, y como consecuencia a la asistencia sanitaria, son: nombre y apellidos, sexo, domicilio habitual, nacionalidad, fecha y lugar de nacimiento número del pasaporte en vigor expedido por las autoridades del país de procedencia, y, en su caso, certificado o título escolar que posea.

Debe añadirse que, según se desprende del art. 18.2 LBRL, la inscripción en el Padrón no supone prueba alguna en relación con la legalidad o no de la residencia del extranjero, pero le confiere los derechos que les atribuya otra norma sectorial. Así pues, en la normativa sobre el Padrón Municipal contenida en la LBRL, la residencia habitual en un municipio se entiende como un dato fáctico, sin connotaciones jurídicas más allá de la mera residencia. Este mismo sentido es el que parece desprenderse de la normativa específica sobre los derechos de los extranjeros. Después de la reforma operada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, entre otros en el art. 6 de la Ley Orgánica 4/2000, se establece en el art. 6.3 que *“los Ayuntamientos incorporarán al Padrón a los extranjeros que tengan su domicilio habitual en el municipio y mantendrán actualizada la información relativa a los mismos”*.

En definitiva, de la normativa analizada parece desprenderse sin mayor dificultad, que los extranjeros que residan en cada término municipal tienen la carga de inscribirse en el Padrón respectivo, sin que la Ley permita que los Ayuntamientos puedan exigir requisitos no previstos en la LBRL. Para finalizar este esquemático estudio del régimen jurídico del Padrón Municipal, debe dejarse siquiera apuntado los problemas que pueden surgir en relación al derecho de protección de datos de carácter personal de los extranjeros que se inscriben en dicho registro, al facultarse a la Dirección General de Policía el acceso a dicho datos. Problema sometido en la actualidad ante el Tribunal Constitucional.

Por su parte, el art. 12.3 de la Ley Orgánica 4/2000, dispone que “los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.” Debe destacarse que la equiparación se realiza en la legislación de extranjería en relación con una edad determinada, 18 años, y no con la mayoría de edad, puesto que esta última implicaría la aplicación de normas de derecho internacional privado (art. 9.1 Código Civil) por lo que la minoría o mayoría de edad se determinaría en cada caso conforme a la ley personal del extranjero con los problemas que ello conllevaría.

En cuanto a la asistencia sanitaria de las mujeres embarazadas, el art. 12.4 establece que “las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto”. La paradoja de esta regulación es que mientras la madre puede llegar a perder su derecho a la asistencia sanitaria tras el parto (si no está regularizada, ni inscrita en el Padrón), el hijo, mientras sea menor de edad, mantendrá este derecho.

Cuando el extranjero está ingresado en un Centro de Internamiento mientras se adopta una decisión sobre su expulsión del territorio, se encuentra en una relación de sujeción especial con la Administración que implica, entre otras cosas, que ésta asuma una serie de obligaciones o deberes respecto de los sujetos de dicha relación.

En cuanto a los extranjeros sin permiso de residencia y que no se hallen inscritos en el Padrón Municipal, la Ley Orgánica 4/2000 disponía, en su versión inicial, en el art. 12.2: “*Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica.*”

La Ley Orgánica 2/2009, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 4/2000, en este punto ha dado una redacción del apartado citado sutilmente diferente, que no debe suponer modificación material alguna, al establecer que los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia *por enfermedad grave o accidente*, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica.

Llama la atención dicho precepto y su encaje en un Estado que se define como social, democrático y de derecho, art. 1.1 CE. A primera vista, un artículo del tenor del que se comenta merece, al menos, ciertos reproches. Del precepto transcrito se desprende que el Estado garantiza al extranjero irregular no inscrito en el Padrón municipal, una asistencia sanitaria que podemos calificar de “urgencia”, no exactamente equivalente a la asistencia sanitaria para los casos de riesgo vital, pero lejos de las prestaciones sanitarias ordinarias. Con independencia de las causas por las que un extranjero irregular no tenga acceso al Padrón, bien sea por su propia negligencia, por el temor a ser expulsado o, simplemente, porque carezca de domicilio para inscribirse, parece criticable que no tenga derecho a la asistencia sanitaria “suficiente”.

En primer lugar, el concepto de “enfermedad grave” es un concepto jurídicamente indeterminado que provoca un grado de incertidumbre en conocer cuáles son los casos en los que estas personas tienen derecho a la sanidad. La misma consideración merece la asistencia de urgencia prevista para los casos de “accidente” cualquiera que sea su causa. En este punto sin embargo y de manera sorprendente, parece que no es necesaria la gravedad de la lesión sufrida para poder acceder a la asistencia sanitaria.

A pesar de esta criticable regulación legal, y cuyos principios parecen estar generalizados en otros países de nuestro entorno⁸, debe señalarse que, por fortuna, una vez más, la realidad social se impone al legislador. Como ejemplo, el Decreto 26/2000, de 22 de febrero, de la Comunidad Autónoma Valenciana, por el que se establece el derecho a la asistencia sanitaria a los ciudadanos extranjeros que se hallen en la citada comunidad y se crea la denominada “tarjeta solidaria”, contemplándose una ampliación de la asistencia sanitaria para los extranjeros no empadronados, aunque sólo para el caso de que carezcan de recursos económicos y mientras normalizan su situación administrativa.

En definitiva, más allá del discutible art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, la colaboración entre las administraciones y determinadas ONGs ha corregido la deficiente regulación de este derecho. Pero esta regulación autonómica puede llegar a producir graves diferencias entre los extranjeros según residan en una u otra Comunidad Autónoma.

En cualquier caso, la regulación actual merece una severa crítica ya que, en principio, deja fuera de la asistencia sanitaria ordinaria a un importante colectivo de inmigrantes, precisamente, los que se encuentran en peor situación. Debe no obstante matizarse la crítica expuesta al precepto analizado. Lo dicho más arriba no debe llevar, por imperativo constitucional, a propugnar un sistema de asistencia sanitaria universal y gratuita sin más, ya que a pesar de ser el sistema ideal, sería difícilmente asumible desde un punto de vista económico por cualesquier Estado, sin que un sistema tal –universal y gratuito- venga impuesto por la Constitución en su art. 43. Pero dicho esto, lo que tampoco parece asumible es denegar asistencia sanitaria a personas que no tienen medios suficientes para costearse una sanidad privada, con independencia de la situación administrativa en que dichas personas se encuentren en nuestro país. Lo que realmente se debe pretender es un sistema sanitario en el que el Poder Público, sin perjuicio de la valiosa ayuda de las organizaciones no gubernamentales, garantice por ley una asistencia sanitaria gratuita a todos aquellos que carezcan de medios económicos suficientes, con independencia de que dichas personas sean españolas o extranjeras (regulares o no), como el legislador ha establecido para los españoles mediante el Real Decreto 1008/1989, de 8 de septiembre⁹.

Además, esta posibilidad es la que puede desprenderse de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que en su art. 35 establece que *“toda persona tiene*

⁸ Según se desprende del Informe elaborado por “HUMA Network” “Health for undocumented Migrants and Asylum seekers”; WWW.huma-network.org.

⁹ Cuyo art. 1 dispone que *“se reconoce el derecho a las prestaciones de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a los españoles que tengan establecida su residencia en territorio nacional y carezcan de recursos económicos suficientes.”*

derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria y de las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana”.

