



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en DERECHO

Asistencia sanitaria a extranjeros en situación irregular en España

Presentado por:

Borja Prieto Sánchez

Tutelado por:

Óscar Sánchez Muñoz

Valladolid, 28/06/2023

Resumen

En el presente trabajo se abordará el escenario de las personas extranjeras en situación irregular en España. Con respecto a la asistencia sanitaria que pueden recibir con fondos públicos en nuestro país. En primer lugar, se realiza una pequeña introducción para comprender cuál es la actual situación de España respecto a los extranjeros y la inmigración, así como un análisis sobre el reparto de la gestión y financiación del Sistema Nacional de Salud. Posteriormente se lleva a cabo un repaso sobre las modificaciones legislativas, tanto en materia de extranjería como en materia sanitaria, que han ido llevándose a cabo hasta llegar a la situación en la que nos encontramos hoy en día. Especialmente nos centraremos en el artículo 3, sobre los titulares del derecho a la protección de la salud y la atención sanitaria, el cual ha sido modificado hasta en ocho ocasiones. Por otro lado, se analizan los pronunciamientos efectuados por parte del Tribunal Constitucional a través de diferentes sentencias sobre el tema planteado, por la interpelación de diferentes Comunidades Autónomas a raíz de la aprobación del Real Decreto- Ley 16/2012. Por último, se analiza el proyecto de ley puesto en marcha por el Gobierno que pretende modificar algunos aspectos de la ley vigente y unas conclusiones finales.

Abstract

In the present work will deal with the situation of foreigners in an irregular situation in Spain. With respect to the health care that they can receive with public funds in our country. First of all, a brief introduction will be made to understand the current situation in Spain with respect to foreigners and immigration, as well as an analysis of the distribution of the management and financing of the National Health System. Subsequently, a review is made of the legislative modifications, both in terms of foreigners and health, which have been carried out until reaching the situation in which we find ourselves today. We will especially focus on article 3, on the holders of the right to health protection and health care, which has been modified up to eight times. On the other hand, we analyze the pronouncements made by the Constitutional Court through different judgments on the issue raised, by the interpellation of different Autonomous Communities as a result of the approval of Royal Decree-Law 16/2012. Finally, it analyzes the bill launched by the Government that aims to amend some aspects of the current law and some final conclusions.

Palabras clave

asistencia sanitaria, Sistema Nacional de Salud, extranjeros, comunidades autónomas

Key words

health care, National Health System, foreigners, autonomous communities

INDICE

1. INTRODUCCIÓN	7
2. CONTEXTO PREVIO: LA SITUACIÓN DE LOS EXTRANJEROS Y DE LA ASISTENCIA SANITARIA EN ESPAÑA	8
2.1. La inmigración en España	8
2.2. Los regímenes jurídicos de los extranjeros en España	10
2.3. Aspectos básicos del Sistema Nacional de Salud. Universalización y financiación	11
3. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA PREVIA AL REAL-DECRETO LEY 16/2012	16
3.1 Normativa preconstitucional	16
3.2. El reconocimiento constitucional del “derecho a la protección de la salud” como principio rector	17
3.3 Desarrollo normativo posterior a la Constitución	19
3.3.1 <i>Ley General de Sanidad (Ley 14/1986)</i>	19
3.3.2 <i>La Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social</i>	20
3.3.3 <i>La Ley 16/2003, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud</i>	23
4. EL REAL DECRETO-LEY 16/2012	26
4.1. Motivos del Real Decreto-Ley	26
4.2. Contenidos del Real Decreto-Ley	27
4.3. Oposiciones al Decreto-Ley	30
4.4. La reacción de las CCAA	31
5. LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	33
5.1. La STC 139/2016, de 21 de julio	33
5.1.1. <i>Sobre la vulneración del artículo 86.1 CE</i>	34
5.1.2. <i>Sobre la vulneración del artículo 43 CE</i>	34

5.2. Sentencias del Tribunal Constitucional en respuesta a la impugnación de las normas autonómicas por el Gobierno	38
6. EL REAL DECRETO 7/2018, DE 27 DE JULIO	41
6.1. Resolución de 20 de junio de 2019, de la Dirección General de la Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y farmacia	43
6.2. Aplicación del decreto 7/2018 en las Comunidades Autónomas	44
6.3. El requisito de permanencia durante 90 días	45
7. EL PROYECTO DE LEY POR LA QUE SE MODIFICAN DIVERSAS NORMAS PARA CONSOLIDAR LA EQUIDAD, UNIVERSALIDAD Y COHESIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD	47
8. CONCLUSIONES	50
9. BIBLIOGRAFÍA CITADA	53
10. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CITADA	55

1. INTRODUCCIÓN

Si hay algo en lo que puede estar de acuerdo toda una sociedad es en el valor fundamental que tiene la salud en cada una de nuestras vidas. Nadie discute pues la gran importancia de contar con un sistema sanitario fuerte, moderno y solvente que permita incrementar la calidad y esperanza de vida de los ciudadanos. Debido a esto, un número importante de Estados modernos sienten la necesidad de crear un sistema sanitario público gratuito que garantice el acceso a todas las personas a asistencia sanitaria en caso de necesidad. Tanto la sanidad como la educación son las prestaciones fundamentales que el Estado debe ofrecer con el fin de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas” (artículo 9.2 CE), convirtiendo así en una realidad el valor superior de la igualdad en nuestro ordenamiento jurídico tal y como lo refleja el artículo 1 CE. Siendo esta una opinión compartida por la gran mayoría de nuestra sociedad, el debate se traslada al alcance que debe tener esa prestación y por lo tanto, a la cuestión de si los extranjeros que se encuentran en España en situación irregular pueden ser legítimos perceptores de la prestación sanitaria pública.

En el presente Trabajo de Fin de Grado abordaremos esta cuestión desde una perspectiva eminentemente jurídica, pero basándonos en muchos casos en datos demográficos, sociológicos y económicos. En cuanto al análisis jurídico, se basará fundamentalmente en el estudio de las diferentes normas aplicables, en el análisis del problema competencial que se ha planteado en nuestro país entre el Estado y las Comunidades Autónomas en torno a esta cuestión y en el análisis de la respuesta que se ha dado al mismo por la jurisprudencia constitucional. Asimismo, realizaremos también un estudio de la doctrina jurídica especializada para tener en cuenta las opiniones de los principales autores que han abordado esta cuestión durante los últimos años.

Tras un recorrido descriptivo por los cambios legislativos adoptados en esta materia a lo largo de las últimas décadas y un análisis de los conflictos constitucionales que se han planteado, se podrán poner las bases para abordar el debate sobre el alcance del derecho a la prestación sanitaria y sobre su titularidad. En este sentido, planteo este trabajo como una introducción a una materia de gran complejidad que quizás pudiera ser estudiada con mayor profundidad en futuros trabajos de investigación de mayor profundidad.

Pero, antes de adentrarnos en el análisis jurídico, creo que es de suma importancia tomar en consideración cuál es la situación en la que se encuentra España respecto a la inmigración, especialmente la irregular, y cuáles son los aspectos básicos que caracterizan la asistencia sanitaria en España. Al hacer un breve análisis sobre estos temas de manera separada será más fácil comprender las posturas de legisladores y jueces sobre este tema y así poder entender los numerosos cambios legislativos que se han venido llevando a cabo en los últimos años sobre el debate de si prestar asistencia sanitaria con fondos públicos a extranjeros en situación irregular.

2. CONTEXTO PREVIO: LA SITUACIÓN DE LOS EXTRANJEROS Y DE LA ASISTENCIA SANITARIA EN ESPAÑA

2.1. La inmigración en España

Al igual que en todos los demás países, en España, las personas que no posean la nacionalidad del país en el que están residiendo pueden encontrarse en dos situaciones administrativas, la regular y la irregular. También puede haber supuestos especiales como el de los apátridas o refugiados, pero esos los veremos más adelante.

Los extranjeros en situación regular en España son aquellos que tienen la documentación necesaria para residir en el país de manera legal, ya sea por motivos de trabajo, estudios, reagrupación familiar, asilo, entre otros. Estos extranjeros han obtenido los permisos necesarios y cumplen con las leyes y regulaciones de inmigración del país.

Por otro lado, los extranjeros en situación irregular en España son aquellos que se encuentran en el país sin la documentación necesaria para hacerlo, o bien han sobrepasado la duración de su estancia autorizada. Estos extranjeros no cumplen con las leyes de inmigración del país y, por lo tanto, pueden enfrentar consecuencias legales, incluyendo la posibilidad de ser detenidos y deportados.

Desde los años 90 España se ha convertido en un país de destino para muchos inmigrantes, procedentes principalmente de países de Latinoamérica, África y Europa del Este. Cada año son cientos de miles los extranjeros que llegan a nuestro país con la intención de residir en él.

Los motivos y los tipos de esta inmigración son muy diversos. Por un lado, extranjeros que deciden residir en España por su buena de calidad de vida debido sus condiciones climáticas, sociales o culturales que atraen a ciudadanos de muchos lugares del mundo. También muchos estudiantes internacionales eligen España como destino para estudiar en sus universidades o centros de posgrado. Otra razón es por la seguridad, España es el 29º país más seguro del mundo¹, esto hace que muchas personas que huyen de sus países de origen buscando seguridad y protección elijan España como destino. Por ejemplo, España ha acogido hasta ahora más 168.000 refugiados ucranianos a un año del inicio del conflicto bélico en el país. Pero la principal razón por la que todos los años acuden inmigrantes a España es por motivos económicos. Muchos países tienen situaciones económicas mucho más desfavorables que España, es por ello que miles de personas al año vienen a España en busca de un trabajo para poder mejorar su situación y la de sus familias. Esto también supone, por lo tanto, que a través de la unificación familiar muchas personas acudan a España para reunirse con sus familiares que ya viven en España.

¹ Informe de 2022 del Global Peace Index (GPI)

La última nota de prensa del Instituto Nacional de Estadística (INE)² cifra el número de extranjeros en España en 5.417.883 a 1 de enero de 2022. Esto supone un incremento de 49.612 personas respecto al año anterior. Saber el dato del número exacto de inmigrantes que se encuentran en España de manera ilegal es prácticamente imposible ya que muchos no se encuentran ni inscritos en los padrones municipales donde residen. Aun así el IOM³ ha creado un sistema de recolección y análisis de datos sobre la llegada de inmigrantes ilegales en toda Europa desde 2015 año por año. Tomando el dato acumulado para España desde 2015, el número de extranjeros en situación irregular que se encuentran en nuestro país es de 283.324. Como ya he dicho esto es simplemente una estimación.

La siguiente gráfica nos permite observar la comparativa entre el número de inmigrantes que entran en nuestro país de forma legal en comparación de los que lo hacen de forma irregular:

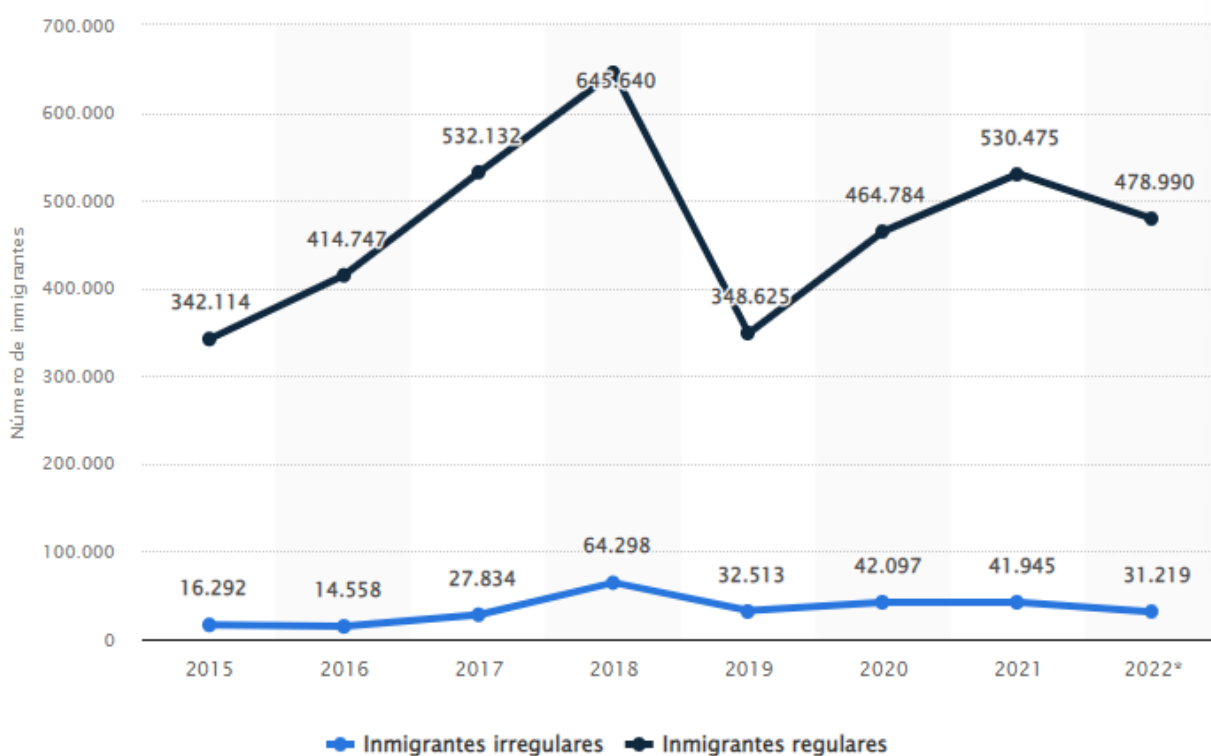


Fig. 1. Inmigrantes llegados en situación irregular e irregular a España entre 2015 y 2022
(Fuente: elaboración de es.estadista.com a partir de datos del IOM)

2 Nota de prensa del 26 de junio de 2022 referente a las Cifras de población e Indicadores demográficos básicos en España.

3 International Organization for migration (OIM en español)

2.2. Los regímenes jurídicos de los extranjeros en España

En cuanto a la legislación en materia de extranjería que se aplica a los distintos extranjeros en España, hay que diferenciar entre el régimen general y el régimen especial. El régimen general se aplica a todos los extranjeros mientras que el régimen especial va a ser aplicado únicamente a ciudadanos comunitarios así como sus familiares extranjeros que posean la tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión Europea (UE).

En caso de que una persona esté residiendo en territorio español de manera irregular, se considera una infracción grave en atención a lo previsto por el artículo 53.1 a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEX) y será castigado, según el artículo 55.1.b) de dicha ley, con una pena de multa de 501 hasta 10.000 euros. Además, según indica el artículo 57.1 LOEX, puede cambiarse la multa por una sanción de expulsión del territorio español mediante resolución motivada.

El régimen general está regulado por la ley orgánica 4/2000, antes citada, y por su reglamento de desarrollo que es el Real Decreto 557/2011 de 20 de abril. Por otra parte, será de aplicación para los nacionales y familiares de los países de la UE, del Espacio Económico Europeo (EEE) y de Suiza, lo dispuesto en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados Miembros de la UE y de otros Estados parte del Acuerdo sobre el EEE. En total son 31 países europeos a los que se les aplicaría dicho Real Decreto.

El régimen comunitario es mucho más beneficioso que el general en muchos aspectos, también en el del acceso al sistema sanitario. La adquisición del permiso de estancia y residencia también es mucho más ágil y requiere menos requisitos por lo que facilita el encontrarse en situación legal en España. Los ciudadanos de la UE, del EEE y de Suiza tienen derecho a la libre circulación y residencia en cualquier país de la UE, lo que incluye el acceso a la atención sanitaria.

Si el comunitario se encuentra en España con cualquier permiso de residencia, no habrá diferencias con respecto a los demás extranjeros que también posean ese permiso. En cambio, cuando se hallen con simple permiso de estancia, lo cual significa un período de no más de 90 días, sí que habrá una clara ventaja con respecto a los no comunitarios. Esto es debido a la creación de la Tarjeta Sanitaria Europea (TSE), que es un documento gratuito y personal que acredita el derecho a recibir asistencia sanitaria durante una estancia temporal en cualquier país de la UE. La TSE cubre la atención médica necesaria para tratar enfermedades y accidentes en igualdad de condiciones que los ciudadanos españoles. Esto incluye la atención primaria, la atención especializada y la asistencia sanitaria de urgencia. Sin embargo, no cubre los tratamientos estéticos, las operaciones innecesarias o las enfermedades preexistentes antes del viaje. Esta tarjeta no actúa como un seguro de viaje, por lo que no cubre los costes del transporte médico de emergencia o el regreso

anticipado a tu país de origen en caso de enfermedad grave o fallecimiento. Si el ciudadano quiere que se le cubran esos servicios tendrá que contratar por su cuenta un seguro de viaje.

2.3. Aspectos básicos del Sistema Nacional de Salud. Universalización y financiación.

La asistencia sanitaria en España es proporcionada a través del Sistema Nacional de Salud (SNS), el cual se trata de un conjunto de servicios y recursos públicos de salud que se ofrecen a toda la población del país. Desde su creación en 1986 han ido surgiendo diversos debates sobre el alcance que debería tener una sanidad pública y las prestaciones que debe abarcar, así como su forma de financiación. Es cuando surge el debate de la universalización de la sanidad, concepto que no aparece reflejado en la Constitución de 1978 pero que sí se manifiesta por primera vez en la Ley General de Sanidad de 1986.

La universalización de la sanidad se refiere al derecho que tienen todas las personas a acceder a los servicios de salud públicos cuando y donde lo necesiten, independientemente de su situación administrativa o de su capacidad económica.⁴ Esto no significa que todos los servicios sanitarios tengan que estar cubiertos sino que todas las personas puedan tener acceso a esos servicios que cubre la sanidad pública.

Desde que se planteó la universalización como objetivo a lograr, el sistema de salud español se ha ido desarrollando para garantizar la atención médica y el acceso a los medicamentos a todos los ciudadanos y residentes legales en España, sin importar su origen o situación económica.

A partir de aquí se ha de considerar si el término universal comprende únicamente a personas que se encuentran en nuestro país de manera regular o si se extiende a las personas que se encuentran también en una situación irregular. Ese es un hecho que ha ido cambiando a lo largo de nuestro período democrático a través de la distinta legislación y su análisis será el objeto de este trabajo.

Hay otro aspecto determinante que se sitúa en el origen de gran parte del conflicto en materia de política sanitaria y que ha motivado la falta de estabilidad legislativa en esta materia. Lo cierto es que, aún a día de hoy, no ha existido una ley que pueda considerarse definitiva en materia sanitaria –sin perjuicio de los cambios o retoques motivados por el paso del tiempo–. Esta falta de estabilidad va más allá del fenómeno, normal en cualquier democracia, de que haya habido gobiernos de diferente color político a nivel nacional durante las últimas décadas y está motivada por el hecho de que España es un país con una organización territorial políticamente descentralizada y que, dentro de dicha organización, la gestión del SNS está también descentralizada, lo que significa que cada Comunidad Autónoma es responsable de sus servicios de salud.

4 Organización Mundial de la Salud. “*Cobertura Sanitaria Universal*” Nota descriptiva del 12 de diciembre de 2022

Esta descentralización deriva de la Constitución del 1978 y de los Estatutos de Autonomía en los que las CCAA han asumido, sin excepción, las competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia sanitaria. La finalidad es permitir una mayor adaptación a las necesidades y particularidades sociodemográficas de cada territorio. Por otro lado, esta descentralización también puede generar diferencias en el acceso a la atención sanitaria en función de la comunidad en la que resida cada persona. El desarrollo y ejecución de las propias leyes en materia sanitaria por parte de las CCAA se tendrá que realizar siempre respetando los contenidos básicos de las normas estatales y teniendo en cuenta en que tanto la coordinación general como el establecimiento de las bases de la sanidad son materias bajo la competencia de las instituciones centrales del Estado (artículo 149.1.16ª CE).

A las diferencias –que en algunos casos se pueden convertir en desigualdades– que pueden surgir entre los residentes en las distintas CCAA en materia sanitaria y al conflicto competencial que podría surgir entre estas y el Estado central, se suma también una mayor complejidad del SNS en cuanto a su forma de financiarse.

El Ministerio de Sanidad es el que se encarga de calcular el total del gasto público en sanidad anualmente. Lo hace a través de la elaboración de la Estadística de Gasto Sanitario Público, la cual se incluye en el Plan Estadístico Nacional con la denominación de Cuentas Satélites del Gasto Sanitario Público. Esta estadística se realiza en España desde el año 1988.

A fecha de abril de 2023 el último informe estadístico toma datos hasta el 2021. Al observar los datos que a continuación expondré podemos observar la desigualdad que encontramos entre las diferentes CCAA en la forma de realizar el gasto sanitario dentro de su competencia territorial. Esto supondrá una diferencia cualitativa entre los distintos sistemas sanitarios autonómicos, lo cual pone en riesgo el cumplimiento del principio de igualdad entre las personas que residen en diferentes territorios.

En primer lugar, muestro una tabla donde se señala la evolución del gasto público a nivel nacional desde 2017 hasta 2021, el porcentaje sobre el PIB y los euros por habitante que cuesta mantener el gasto sanitario.

	2017	2018	2019	2020	2021
Millones de euros	68.507	71.091	75.111	83.622	87.941
Porcentaje sobre PIB	5.9%	5.9%	6,0%	7,5%	7,3%
Euros por habitante	1.472	1.521	1.595	1.766	1.858

Tabla 1: Gasto sanitario público consolidado. Millones de euros, porcentaje sobre el PIB y euros por habitante. España, 2017-2021. Fuente: Estadística de gasto sanitario público 2021 del Ministerio de Sanidad. Elaboración: propia. *Nota: datos en millones de euros, porcentaje sobre el PIB y euros por habitante.

Se puede observar un incremento significativo del gasto público a partir de 2020 debido a la pandemia del Covid-19. El dato no es sorprendente teniendo en cuenta el reto sin precedentes al que se enfrentó nuestro sistema sanitario durante los años 2020 y 2021.

A continuación, muestro la distribución del gasto sanitario del SNS:

	2017	2018	2019	2020	2021
Administración Central	667	629	639	1.577	2.304
Sistema de Seguridad Social	1.612	1.680	1.714	1.633	1.711
Mutualidades de Funcionarios	2.094	2.251	2.231	2.246	2.292
Comunidades Autónomas	63.457	65.864	69.830	77.377	80.955
Corporaciones Locales	677	666	697	790	678
TOTAL CONSOLIDADO	68.507	71.091	75.111	83.622	87.941

Tabla 2: Gasto sanitario público consolidado según clasificación sectorial. Millones de euros. España, 2017-2021. Fuente: Estadística de gasto sanitario público 2021 del Ministerio de Sanidad. Elaboración: propia. *Nota: datos en millones de euros.

Como se puede apreciar en la tabla, casi la totalidad del gasto público en sanidad recae en manos de las Comunidades Autónomas, representando un 92,1% del gasto total en 2021. La Seguridad Social ejecuta un 1,9% del gasto y las Corporaciones Locales son las que menor porcentaje representan con un 0,8%. El gasto realizado por la Administración Central solamente representa el 2,6% del total, cifra que ha logrado igualarse en 2021 a la que generan las mutualidades de los funcionarios. La razón por la cual ha aumentado tanto en 2021 el gasto en sanidad por parte de la Administración Central es por la compra de las vacunas del Covid-19 por parte del Gobierno Central, ya que este fue el encargado de la compra y distribución a las diferentes Comunidades.

En cuanto a los medicamentos, en España no son gratuitos a excepción de los utilizados para el tratamiento de enfermedades profesionales o los dispensados durante los ingresos hospitalarios. La razón no es únicamente porque el Estado no esté dispuesto a financiarlos en su totalidad, sino porque lo que se busca es evitar el abuso de esos medicamentos y la automedicación de los pacientes.

En el caso de los pensionistas, aquellos con las pensiones más bajas sí que reciben los medicamentos de manera gratuita. Los demás pensionistas simplemente tienen que abonar un precio simbólico todos los meses en función a su prestación, no superándose el precio de 18 euros al mes.

En torno al 95% del gasto total en farmacia es gestionado por las CCAA. Se pueden observar diferencias sustanciales entre Comunidades, oscilando en el año 2021 entre el 11,7% del gasto sanitario total en caso de País Vasco y el 18,5% en Extremadura.

Por último, cuando analizamos el gasto sanitario público de las diferentes CCAA respecto a su PIB podemos observar que no todas las Comunidades destinan el mismo porcentaje. Estas diferencias, además de a las decisiones políticas, podrían estar ligadas a que las situaciones demográficas de las distintas CCAA no son las mismas, ya que, por ejemplo, hay poblaciones más envejecidas que otras o poblaciones más dispersas que otras y que, por consiguiente, requerirán más gasto sanitario.

Comunidad Autónoma	Millones de euros	Porcentaje sobre el PIB	Euros por habitantes
Andalucía	12.638	7,9%	1486
Aragón	2.487	6,6%	1894
Principado de Asturias	1.983	8,5%	1965
Illes Balears	2.005	6,6%	1644
Canarias	3.890	9,1%	1732
Cantabria	1.089	7,9%	1866
Castilla y León	4.472	7,7%	1879
Castilla La Mancha	3.670	8,7%	1793
Cataluña	14.017	6,1%	1829
Comunitat Valenciana	8.368	7,4%	1656
Extremadura	1.999	9,9%	1895
Galicia	4.778	7,6%	1776
Comunidad de Madrid	10.353	4,4%	1536
Región de Murcia	2.895	9,0%	1909
Comunidad foral de Navarra	1.275	6,3%	1941
País Vasco	4.514	6,3%	2073
La Rioja	524	6,1%	1660
Total de Comunidades	80.955	6,7%	1716

Tabla 3. Gasto sanitario público consolidado según comunidad autónoma. Millones de euros, porcentaje sobre PIB y euros por habitante. Sector de gasto Comunidades Autónomas, 2021. Fuente: Estadística de gasto sanitario público 2021 del Ministerio de Sanidad. Elaboración: propia. *Nota: datos en millones de euros, porcentaje sobre PIB y euros por habitante. Sector de gasto Comunidades Autónomas, 2021.

Analizando los datos, esa correlación no se da exactamente. Observamos que las tres Comunidades Autónomas más envejecidas, que son Asturias (49 años), Castilla y León (48,1 años) y Galicia (48 años) no coinciden con las tres

únicas Comunidades Autónomas que destinan más del 9% de su PIB al gasto sanitario. Este es el caso de Extremadura (9,9%), Canarias (9,1%) y Región de Murcia (9%).

También es sorprendente la diferencia que se puede encontrar entre la Comunidad Autónoma que más gasto es destinado a la sanidad, que como ya he dicho es Extremadura con un 9,9% y la Comunidad que menos destina que es la Comunidad de Madrid con un 4,4%.

Tomando en consideración todos estos aspectos podemos entender un poco más el contexto social, económico y político en el que nos encontramos en España, el cual es fundamental para entender los cambios y conflictos que ha derivado el debate sobre si los inmigrantes en situación irregular deben o no poder recibir asistencia sanitaria de manera gratuita. No se trata, por lo tanto, únicamente de un debate político o un debate moral, o de un debate competencial entre Estado Central y Autonómico o de un debate puramente económico, sino que engloba los cuatro. Esto nos hace comprender la complejidad del tema a tratar y el hecho de que aún a día de hoy no haya una solución legislativa definitiva a este aspecto. Esto se puede comprobar en el hecho de que el mismo Gobierno que aprobó la regulación vigente, que es el Real Decreto 7/2018, haya presentado ahora un nuevo proyecto de ley.

3. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA PREVIA AL REAL-DECRETO LEY 16/2012

3.1. Normativa preconstitucional

Previamente a la Constitución de 1978 no encontramos ninguna norma que reconozca la asistencia sanitaria a extranjeros, tengan la condición que tengan. Ni siquiera los propios nacionales contaban con un derecho a la asistencia sanitaria o a la protección de la salud.

No es hasta la década de 1930 que encontramos la primera ocasión donde se puede apreciar una referencia al compromiso por parte del Estado de prestar asistencia sanitaria a los ciudadanos. Lo podemos encontrar en la Constitución de 1931. En su artículo 43 hablaba de que el Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, así como garantizará protección a la infancia y la maternidad. Por otro lado, en su artículo 46 exponía que se asegurará a todo trabajador las condiciones necesarias de una existencia digna y que su legislación social regulará entre otras cosas los casos de seguro de enfermedad⁵.

En 1936 se crea el Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, que fue el primer ministerio de este tipo en España y cuyos objetivos fueron coordinar y mejorar los servicios de salud y asistencia social en todo el país.

El estallido de la guerra civil trunca la posibilidad de desarrollar más las reformas que se querían llevar a cabo en el ámbito sanitario. El cambio de régimen político al terminar la guerra supuso una reestructuración total del ordenamiento jurídico español.

La primera ley promulgada en la época franquista referente a la prestación de asistencia sanitaria con fondos públicos a los españoles, fue el 14 de diciembre del año 1942, cuando se publica en el Boletín Oficial del Estado la Ley que crea el seguro obligatorio de enfermedad. Este tipo de seguro ya era utilizado en varios países europeos inspirados por el Estado de Bienestar implantado por Otto von Bismark en Alemania. Pero tal y como indica la propia ley, “las luchas imperantes entre los distintos partidos políticos” habían evitado que este seguro se crease con anterioridad.

A través de esta ley se garantiza la prestación sanitaria en caso de enfermedad o maternidad, así como indemnización para gastos funerarios de productores económicamente débiles. Este seguro de enfermedad únicamente

⁵ La Ley de Indemnización por Accidentes de Trabajo y de la Caja Nacional del Seguro de Accidentes de Trabajo de 1932 crea el Seguro Obligatorio de Accidentes de Trabajo.

aseguraba a trabajadores españoles, pero el artículo sexto de esa ley establecía que los súbditos hispanoamericanos, portugueses y andorranos quedaban equiparados a los españoles y los demás extranjeros solo tendrían acceso al seguro si existiese un Tratado o Convenio Internacional.

Esa ley no buscaba una asistencia sanitaria universal, sino que para percibir la asistencia de ese seguro era indispensable encontrarse trabajando ya fuese de forma autónoma o por cuenta ajena y percibir una menor renta que la establecida reglamentariamente. La asistencia también incluía a los familiares del trabajador.

Años más tarde se aprueba la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social. En esa ley se implanta un nuevo modelo unitario que busca poner fin a la complejidad que provoca la diversidad de organismos y entidades que suponía que no se pudiesen administrar de manera eficiente los recursos disponibles. Una de las prestaciones que incluye la seguridad social es la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad, común o profesional, y de accidentes, sean o no de trabajo tal y como lo establece el artículo 18.

La cobertura de esta asistencia únicamente será para trabajadores por cuenta ajena cuya base de cotización, salvo accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, no exceda del límite que reglamentariamente se establezca; para los pensionistas de la Seguridad Social y para los que estén en el goce de prestaciones periódicas, en los términos que reglamentariamente se determinen; así como para los familiares o asimilados que tuvieren a su cargo las personas mencionadas, en la extensión y términos que reglamentariamente se establezcan.

La novedad de este nuevo modelo de asistencia sanitaria respecto a la asistencia de extranjeros lo encontramos en la Ley 118/1969, de 30 de diciembre, sobre igualdad de derechos sociales de los trabajadores de la Comunidad Iberoamericana y Filipina empleados en el territorio nacional. En esta ley se garantiza el disfrute de las ventajas de la seguridad social tanto a los extranjeros ya usuarios del seguro obligatorio de enfermedad como de los brasileños y filipinos.⁶

3.2. El reconocimiento constitucional del “derecho a la protección de la salud” como principio rector.

Finalmente, en la Constitución de 1978 se reconoce la protección de la salud como un “derecho”, aunque luego veremos que ello no implica el reconocimiento de ningún derecho subjetivo *ex constitutione*.

⁶ Sobre la organización de la asistencia sanitaria durante el período franquista, véase MARSET CAMPOS, P.; SÁEZ GÓMEZ, J.M.; MARTÍNEZ NAVARRO, F. “La salud pública durante el franquismo”, *Dynamis. Acta Hisp. Med. Sci. Hist. Illus.*, 15,1995, pp. 211-250.

El artículo 43 de la Constitución establece lo siguiente:

“1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. 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.

3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio”.

Este se incluye en el capítulo tercero del Título I que lleva como rúbrica “Principios rectores de política social y económica”. Como vemos, en realidad la Constitución no reconoce ningún derecho subjetivo directamente exigible por las personas. Por tanto, no estamos ante un “derecho constitucional” y mucho menos ante un “derecho fundamental”.

Los derechos incluidos en este capítulo vinculan a los poderes públicos, y a pesar de que no son de aplicabilidad y justiciabilidad inmediatas, como lo son los derechos fundamentales, no por ello han de ser considerados como normas sin contenido ya que incluyen mandatos a los poderes públicos, encargados de desarrollarlos, incluido al legislador, y es obligado tenerlos presentes en la interpretación tanto de las demás normas constitucionales como de las demás leyes. Además, los artículos del Capítulo III del Título I solo pueden ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria según lo que dispongan las leyes que los desarrollen, tal y como indica el artículo 53.3 CE.

Como se puede apreciar con su lectura, el artículo 43 CE no hace referencia a quienes han de ser los titulares del derecho, como si hace en otros artículos, sino que se trata de un derecho de aplicación general. También señala la necesidad de una ley que desarrolle y delimite el contenido de ese derecho. Lo que no deja claro es si a los extranjeros se les podrá aplicar el derecho en las mismas condiciones que a los españoles o no.

El Tribunal Constitucional determina en la STC 95/2000, de 10 de abril, que tanto el derecho a la protección de la salud (artículo 43 CE), como el mantenimiento del sistema público de Seguridad Social (artículo 41 CE), al estar contenidos en el Título I del texto constitucional, entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 13.1 CE, que establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I en los términos que establezcan los tratados y la ley. Esto supone, por consiguiente, “el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria en las condiciones fijadas por las normas correspondientes.”⁷ Por lo tanto, será el legislador el que tendrá que determinar los requisitos del acceso a los servicios sanitarios, respetando, como no podría ser de otra manera, el texto constitucional. Otro hecho reseñable es que por primera vez se diferencia entre el derecho a la salud y el derecho público a la Seguridad Social, conteniéndose el primero en el artículo 43 CE y el segundo en el artículo 41 CE.

7 STC 95/2000, de 10 de abril FJ 3

La libertad de configuración legal de este derecho posibilita que “ no se de una uniformidad en el tratamiento jurídico de la protección, "...", ya que al tratarse de un derecho prestacional, erigido sobre un soporte financiero, el legislador debe sopesar en cada momento el alcance de la acción protectora del sistema en función de las situaciones de necesidad existentes y de los medios financieros disponibles.”⁸

3.3. Desarrollo normativo posterior a la Constitución

Una vez aprobada la Constitución surge la necesidad del desarrollo normativo de la misma. En palabras del TC, “La Constitución no ha prefigurado directamente un contenido prestacional que el legislador deba reconocer necesariamente a cualquier persona, sino que el artículo 43.2 CE impone un mandato a los poderes públicos, y en particular al legislador, para establecer los derechos derivados del apartado primero de ese mismo precepto”.⁹

La primera ley que se aprueba sobre este tema es la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Sin embargo, esta ley no desarrolla el derecho a la asistencia sanitaria, ni entra en la cuestión de su titularidad por los extranjeros, sino que se limita a parafrasear el artículo 13.1 de la Constitución.

3.3.1. La Ley General de Sanidad (Ley 14/1986)

La primera ley sectorial sanitaria fue la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS). Esta ley supone la creación del Sistema Nacional de Salud (SNS), lo que hace que se cambie un modelo basado en la atención sanitaria de trabajadores y sus familiares financiado por las cotizaciones a la Seguridad Social, a otro modelo basado en la protección del derecho a la salud de personas que residen en el territorio español y que está financiado exclusivamente por los Presupuestos Generales del Estado. Las CCAA deben organizar sus propios Servicios de Salud respetando los principios básicos de esta ley.

En su artículo primero recoge cuáles son las personas a las que se les va a aplicar esa Ley y por lo tanto a quienes les será de aplicación el derecho a la protección de la salud:

- De una parte, en el apartado dos del artículo primero se expone que “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.”

⁸ FERNANDEZ BERNAT, J.A. asistencia sanitaria e inmigración irregular. Revista de treball, economia i societat Núm. 67 Pág. 5, 2015

⁹ STC 139/2016, de 21 de julio, FJ 8

- De otra, en el apartado tercero de ese mismo artículo indica que “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.” No se desarrolla más este punto, abriendo la posibilidad que en un futuro se puedan aprobar leyes o firmar convenios internacionales que amplíen ese derecho a personas no incluidas en el apartado dos.

Posteriormente en el apartado segundo del artículo tercero, se prevé que “La asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española”. Así pues, cabe apreciar que el legislador solamente se refiere a la población española. Esto nos indica una distinción en el contenido del derecho a la salud, diferenciando entre la protección de la salud y la asistencia sanitaria.¹⁰ El derecho a la protección de la salud es independiente de la posesión de la ciudadanía española. En cambio, el derecho a la asistencia sanitaria irá dirigido solamente a la población española o a aquella población extranjera que esté afiliada al sistema de Seguridad Social, lo cual presupone que se encuentren residiendo legalmente en territorio español.

Una de las novedades más importantes de esta ley es la creación del Consejo Interterritorial del SNS. En este primer período del Consejo, antes de su desarrollo definitivo en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, tiene como función establecer planes de salud conjuntos entre la Administración Central y las CCAA para posteriormente ser aprobados por los órganos legislativos tanto de las CCAA como del Estado Central. También serviría como medio de comunicación de las posibles modificaciones o adaptaciones de dichos planes conjuntos. Para ello el Departamento de Sanidad de la Administración del Estado intervendrá como intermediario, pues será el órgano al que deberán notificarse dichas modificaciones y este será el que lo comunique al Consejo Interterritorial. También anualmente las CCAA debían informar sobre el grado de ejecución de los respectivos planes al Departamento de Sanidad, el cual nuevamente remitiría esos informes al Consejo.

Como ya indiqué anteriormente, la primera vez que encontramos como objetivo la universalización de la sanidad en nuestro ordenamiento jurídico es en esta ley. No se utiliza directamente el término universalización ni se pretende que se alcance inmediatamente después de la entrada en vigor de esta ley, sino que en la D.T. 5ª de la ley dispone que “La extensión de la asistencia sanitaria pública se efectuaría de forma progresiva”. A pesar de no ser de aplicación directa, es evidente que esta ley supone un primer paso muy importante para marcar la pauta de normas jurídicas posteriores.

La Ley General de Sanidad 14/1986 es considerada una norma fundamental en el ámbito sanitario español y ha sido la base para el desarrollo de otras leyes y normativas específicas, como la Ley 16/2003, antes citada.

¹⁰ Véase MARTÍN DELGADO I.: “La asistencia sanitaria de los extranjeros en España”, *DS: Derecho y salud*, 10 (2), 2002, p. 204.

3.3.2. La Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

En el año 2000 se aprobó la nueva ley de extranjería que derogaba la ley 7/1985 antes citada. Se trataba de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Esta ley introduce importantes cambios en relación con el asunto objeto de nuestro trabajo.

Esta Ley reafirma el reconocimiento que hace la Constitución en su artículo 13 sobre la titularidad de los derechos y libertades comprendidos en el Título I por parte de los extranjeros que se encuentren en España. La importante novedad que incorpora esta Ley es el mandato que hace el legislador a los poderes públicos al indicar, en su artículo tercero, que “como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles.” Esto supone un gran cambio ya que, aunque los derechos y libertades los tenían reconocidos, no tenían por que ser aplicados ni interpretados en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles.

La Ley en su capítulo primero enumera los distintos derechos y libertades que les serán reconocidos a todos los extranjeros que se encuentren en España. A pesar de esto, algunos de estos artículos no son de aplicación para extranjeros que se encuentren en situación irregular. Esto puede ser el caso de la libertad de circulación o el derecho a ayudas en materia de vivienda. En cambio, en otros derechos el legislador ordena la aplicación del derecho para todos los extranjeros, como sucede, por ejemplo, con el derecho a la educación.

El artículo referente al derecho a la asistencia sanitaria es el artículo 12. El texto original disponía lo siguiente:

“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.”

En este caso el legislador no utiliza el término genérico “todos los extranjeros” como ocurre en otros derechos de esta ley, sino que simplemente habla de los extranjeros. Esto es así porque en el mismo artículo señala a qué

extranjeros son a los que se les va a aplicar ese derecho. Observando el contenido del artículo se puede apreciar un cambio en el criterio del acceso a la sanidad pública de nuestro país. Se pasa de la necesidad del extranjero de estar residiendo legalmente en España al criterio del requisito de encontrarse inscrito en el padrón del municipio en el que residan habitualmente para poder recibir asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

Por otro lado, el artículo expone tres supuestos más en los puntos 2, 3 y 4 en los que no sería necesario que el extranjero estuviese inscrito en el padrón para recibir asistencia sanitaria. Estos tres supuestos son los menores de dieciocho años, extranjeras embarazadas y extranjeros que por enfermedad grave o accidente requieran atención de urgencia.

Los supuestos de los puntos 3 y 4, derivan de la transposición de los contenidos de la Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. En su artículo 24.2 se dispone que se asegurará asistencia médica y atención sanitaria a todos los niños que lo necesiten y a madres que requieran asistencia prenatal y postnatal.¹¹

Con respecto al reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria, el legislador se basa en dos preceptos de normas internacionales. La primera sería el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948¹² y la segunda el artículo 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.¹³

Tal y como se puede apreciar, por primera vez en nuestro ordenamiento se reconoce el acceso a la asistencia sanitaria pública de extranjeros que se encuentran en situación irregular. Con carácter general, únicamente será requisito el estar empadronado en un municipio del territorio nacional. El empadronamiento en un municipio no hará cambiar la condición de situación regular o irregular del extranjero, sino que solamente le permitirá poder solicitar la tarjeta sanitaria y, por consiguiente, disfrutar de los servicios y la atención médica de la sanidad pública.

Indirectamente, se debe añadir otro requisito para que se pueda optar a la asistencia sanitaria en el caso de que el extranjero no esté afiliado a la Seguridad Social. Este requisito surge a partir del Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura sanitaria de la Seguridad Social a las personas que sin recursos económicos suficientes. La suficiencia o no de estos recursos se determinó en base del Salario Mínimo Interprofesional (SMI). Si la renta era igual o inferior a ese salario se suponía una carencia de recursos económicos suficientes.

11 En la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre la Protección Jurídica del Menor se incorporan estas cuestiones en nuestro ordenamiento jurídico.

12 "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica..."

13 "Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental".

Este Real Decreto, en principio, solamente extendía la cobertura sanitaria a los españoles sin recursos suficientes, pero, con el cambio de criterio de la ley 4/2000, dicho beneficio se extendió también a los extranjeros, ya que, de no haberse hecho así, se produciría una situación de trato desfavorable para los ciudadanos españoles, que debían acreditar la falta de recursos, mientras que los extranjeros podían acceder a la asistencia sanitaria gratuita sin el requisito de insuficiencia de recursos económicos.

Por último, tenemos que hacer referencia a dos supuestos que quedan fuera de la cobertura sanitaria gratuita: En primer lugar, los extranjeros con recursos insuficientes pero que no estén inscritos en ningún padrón municipal y, en segundo lugar, los extranjeros que sí estén inscritos en un padrón municipal pero que sus rentas sean superiores al SMI y que, debido a su situación irregular, no están afiliados a la Seguridad Social. En estos casos se les aplicará lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley General de Sanidad y se les considerará pacientes privados. Estos pacientes pueden ser asistidos y hacer uso de los servicios médicos, pero posteriormente deberán pagar por la prestación de esos servicios.

3.3.3. La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud

Como ya he expuesto, esta es una ley que tiene como base la Ley General de Sanidad 14/1986, pero que fue actualizada por las nuevas necesidades en materia sanitaria debido a los notables cambios sociales, económicos, culturales y tecnológicos producidos a lo largo de esos 16 años de diferencia entre una ley y otra. Se toman como principios fundamentales de esta ley el acceso a los servicios del SNS en condiciones de igualdad efectiva y el aseguramiento universal y público de la prestación sanitaria por parte del Estado.

Sin duda el artículo de esta ley que ha sido modificado más veces es el artículo 3. Este artículo ha tenido 9 redacciones diferentes desde que se publicó por primera vez en 2003 hasta el 2023. Este artículo es sumamente importante ya que enumera quienes serán los titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria. Como ya indiqué, en la Ley 14/1986, por un lado, se indicaba quienes serían los titulares del derecho a la protección de la salud y por otro lado, los titulares del derecho a la atención sanitaria. A partir de ahora no habrá distinción.

En un primer momento la redacción del artículo 3 indicaba que los titulares de estos derechos serían:

“a) Todos los españoles y los extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000.”

Atendiendo a la redacción original del artículo 12 que ya hemos visto anteriormente, serán titulares del derecho a la protección de la salud aquellos

inscritos en el padrón municipal en el que residan habitualmente o menores de edad, embarazadas y extranjeros que requieran atención de urgencia, aunque no se hallen inscritos en ningún padrón.

“b) Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea que tienen los derechos que resulten del derecho comunitario europeo y de los tratados y convenios que se suscriban por el Estado español y les sean de aplicación”.

Se refiere tanto a nacionales de Estados miembros como aquellos familiares de Estados miembros poseedores de tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la UE. A estos se les aplica un régimen especial que es regulado por el Real Decreto 240/2007.

“c) Los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea que tienen los derechos que les reconozcan las leyes, los tratados y convenios suscritos.”

Es una puerta abierta a poder extender la titularidad de esos derechos a través de nuevas leyes o tratados.

Otra de las grandes novedades de esta ley es el desarrollo de la composición y funciones del Consejo Interterritorial del SNS¹⁴. Este se encuentra regulado en los artículos 69 al 75. Según esta nueva ley, el Consejo Interterritorial “es el órgano permanente de coordinación, cooperación, comunicación e información, de los servicios de salud entre ellos y con la Administración del Estado (...)” (artículo 69). Con esto se busca la efectividad y equidad de los derechos de los ciudadanos en todo el territorio.

Las funciones más relevantes de este Consejo se pueden resumir en:

- Definición de políticas y estrategias comunes en el ámbito de la salud.
- Coordinación de la gestión de los recursos sanitarios y de la atención sanitaria en el conjunto del territorio español.
- Evaluación de los resultados y la calidad de la atención sanitaria en España.
- Elaboración de planes y programas de salud para la prevención y tratamiento de enfermedades.

Por último, la ley 16/2003 realiza una aportación fundamental a la organización del sistema sanitario español al prever la creación del catálogo de prestaciones, cuyo objeto es “garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención” (artículo 7.1). Las prestaciones se definen como “los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción de la salud dirigidos a los ciudadanos” (artículo 7.1) y en dicho catálogo se van a incluir “las prestaciones correspondientes a salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, la prestación

14 Creado en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario” (artículo 7.1, párrafo 2).

Asimismo, también es una creación de esta ley la “cartera común de servicios”¹⁵ para hacer efectivas las prestaciones incluidas en dicho catálogo. El Consejo Interterritorial será el encargado de determinar cuáles son los servicios incluidos en la Cartera y dicho acuerdo será aprobado por el Gobierno mediante un Real Decreto. La actualización de los contenidos de la cartera será competencia del Ministerio de Sanidad y Consumo, tras previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Las Comunidades Autónomas podrían aprobar sus propias carteras, respetando los servicios incluidos en la Cartera Común.

El Real Decreto que se aprobó para establecer la Cartera de Servicios Comunes y su procedimiento de actualización fue el 1030/2006, de 15 de septiembre. Los contenidos que incluiría la cartera, y que se indicaban en el artículo 6, englobarían atención primaria, atención especializada, atención de urgencia, prestación farmacéutica, prestación ortoprotésica, productos dietéticos y transporte sanitario.

15 El artículo 20 define la cartera de servicios como “el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiendo por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias.”

4. EL REAL DECRETO-LEY 16/2012

El modelo derivado de la conjunción entre la LO 4/2000 y la Ley 16/2003 estuvo vigente hasta la promulgación del Decreto-Ley 16/2012, de 12 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Supone una “flagrante ruptura con el panorama político-jurídico previo”.¹⁶

4.1. Motivos del Real Decreto-ley

Para entender la razón de este cambio en el modelo el Gobierno enumeró una serie de causas en la exposición de motivos:

En primer lugar, la diferencia de servicios o prestaciones que ofrecían las diferentes Comunidades Autónomas entre ellas y que suponía una gran desigualdad. Se trató de armonizar ese aspecto y este fue el motivo principal, según el Gobierno, por el que se modificó la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud.

Por otro lado, el Gobierno adujo también el envejecimiento de la población y el avance en los tratamientos médicos, medicina molecular y nuevos fármacos. Todo ello iba a suponer en un futuro un mayor gasto público al que habría que hacer frente.

Antes del Decreto-ley, el Ministerio de Sanidad cifraba en 700.000 los extranjeros que supuestamente utilizaban de forma indebida nuestro sistema sanitario.¹⁷ Por ello, la decisión del Gobierno fue de tratar de acabar con esta práctica, aunque en la exposición de motivos no aparece tan claramente. En un primer momento, aquellos que lo desasen, podrían solicitar a la Oficina de Extranjeros donde querían residir o fijar su residencia tras una estancia superior a tres meses sin tener que cumplir ningún requisito. En cambio, a partir de la modificación de ese artículo, solamente podrían residir en España por un plazo superior a tres meses aquellas personas que se encontrasen trabajando por cuenta propia o ajena en España, o que tuviesen los recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social por poseer un seguro de enfermedad o por estar matriculado en un centro público o privado donde lleven a cabo sus estudios y donde cuenten ya con un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España.

16 Véase RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: “El derecho a la Asistencia Sanitaria de los extranjeros en situación irregular”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, 5, 4º trimestre 2015, p 100.

17 Declaraciones de Ana Mato, Ministra de Sanidad (2011-2014). Rueda de prensa del 20/04/2012 posterior al Consejo de Ministros donde se aprueba el RDL 16/2012.

Además, según cálculos del Gobierno, el denominado turismo sanitario suponía un agujero en el sistema sanitario de 917 millones de euros. Esto consistía en que ciudadanos de países de la UE, aprovechándose de la libre circulación de personas dentro de la Unión, acuden durante una temporada a nuestro país únicamente con el propósito de someterse a una intervención quirúrgica o a un tratamiento que en sus países de origen no se ofrezcan de manera gratuita. Los más comunes son las intervenciones de cataratas, los bypass coronarios o la colocación de prótesis de cadera, entre otros.

Por último, la principal razón por el que se aprobó este decreto-ley fue que el SNS estaba enfrentándose a una situación de gravedad económica. Esto era debido, según el Gobierno, a una alta morosidad y un insostenible déficit en las cuentas públicas sanitarias. La situación económica que estaba atravesando el país en ese momento era profundamente preocupante. La crisis del 2008 golpeó España con especial intensidad, teniendo en 2012 su punto más crítico con tasas de paro de más del 25%. Tras comunicar a la Unión Europea que en 2011 España contaba con un déficit público del 8,51%¹⁸, el Gobierno acordó con la Comisión Europea un límite de déficit del 6,3% para 2012. A pesar de esto, el déficit de España en el año 2012 fue el más alto de la Unión Europea, alcanzado el 10,6% del PIB. Es por ello que el Gobierno decidió llevar a cabo grandes recortes de gasto público y uno de los muchos que realizaron fue precisamente apartar a los extranjeros en situación irregular y a los extranjeros con más ingresos de los establecidos reglamentariamente de la atención sanitaria con fondos públicos.

La realidad es que, a pesar de ser este el principal motivo de la aprobación del Real Decreto-ley, el Gobierno no acaba de aclarar en la exposición de motivos cual será el alcance de ese supuesto ahorro que pretende llevar a cabo ni que supondrá económicamente la exclusión definitiva de los extranjeros irregulares mayores de edad del acceso a las prestaciones del SNS.

4.2. Contenidos del Real Decreto-ley

El gran cambio en materia de extranjería lo supuso la nueva redacción del artículo 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Ese artículo es el referente a la titularidad del derecho a la protección a la salud y la atención sanitaria. Previamente a este nuevo decreto-ley, esa titularidad la ostentaban personas españolas y extranjeras con residencia en España, sin perjuicio que otro título jurídico les habilite esa asistencia, aún no teniendo la residencia legal. La nueva redacción de dicho artículo sostenía que “La asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado.”

18 En el año 2012, el informe del Instituto Nacional de Estadística, mostró que, tras surgir desequilibrios en las cuentas de Comunidad Valenciana, Comunidad de Madrid y la Junta de Castilla y León; el déficit público real de 2011 en España era del 8,98%.

Por lo tanto, se crea una nueva figura jurídica, que es la del asegurado. Esta condición se podía obtener cumpliendo uno de los cuatro requisitos que preveía la nueva redacción del precepto legal. Estos requisitos eran:

- Estar afiliado a la Seguridad Social.
- Ser pensionista por la Seguridad Social.
- Ser receptor de prestaciones periódicas de la Seguridad Social.
- Haber agotado la prestación por desempleo pero estar inscrito como demandante de empleo.

No solo los extranjeros, sino cualquier persona no incluida en los supuestos de asegurado, sean de nacionalidad española o no, solamente pueden optar a la condición de asegurado si no superan un límite de ingresos que se determinará reglamentariamente (art. 3.3 ley 16/2003).¹⁹ Eso sí, todos los extranjeros a los que se refiere este artículo tienen que hallarse en posesión de un permiso de residencia en España.

Como podemos comprobar, los extranjeros en situación irregular quedan, pues, totalmente excluidos de la asistencia sanitaria. Los únicos supuestos en los que sí se prestará asistencia sanitaria gratuita a personas extranjeras que no estén incluidas en ninguno de los grupos anteriores son menores de 18 años, de urgencia por enfermedad grave o accidente y a embarazadas en el parto y postparto. Son las situaciones especiales que recibirán atención sanitaria a la que se refiere la redacción del nuevo artículo 3 ter.²⁰ Como vimos anteriormente, estos supuestos están estrechamente relacionados con acuerdos y convenios internacionales ratificados por España con relación al respeto de Derechos Humanos o protección del menor, por lo que debían ser incluidos sí o sí.

El Real Decreto supone también un importante cambio respecto a los extranjeros europeos a los que les es de aplicación el Real Decreto 240/2007. Esto es debido a que se modifica el artículo 7 de dicho decreto. Desde la promulgación de ese Real Decreto hasta ese momento los nacionales de Estados miembros de la UE u otros Estados parte del Acuerdo sobre el EEE y sus familiares tenían derecho a residir en territorio español durante un período superior a tres meses simplemente solicitando personalmente en la Oficina de Extranjeros su inscripción en el Registro Central de Extranjeros. En cambio, a partir del Real Decreto 16/2012, solamente tendrán derecho a residir durante más de tres meses aquellos que se encuentren trabajando por cuenta ajena o propia en España; aquellos que estén matriculados en un centro educativo público y privado; y a aquellos que dispongan para sí y para sus familiares de recursos suficientes para no ser una carga para la asistencia social en España y además cuenten con un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos.

19 Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. Aquí se determinó que el límite de ingresos al que se refiere el art. 3.3 ley 16/2003 sería de cien mil euros (artículo 2.1 b)).

20 El Real Decreto 1192/2012 indica en la disposición adicional cuarta que también recibirán tratamiento básico de enfermedades y cuidados de urgencia aquellos extranjeros solicitantes de protección internacional cuya solicitud se haya admitido a trámite.

Cabe señalar que esta modificación concreta en el Real Decreto 240/2007 no ha sufrido más cambios hasta la actualidad.

Por lo tanto, para todas las demás personas extranjeras que no se encuentren en alguno de los supuestos indicados, no cabrá posibilidad de beneficiarse de las prestaciones del SNS de manera gratuita. El decreto señala que únicamente podrán tener acceso a los servicios sanitarios públicos a través del pago de una cuota mensual, la cual es mayor si el beneficiario es mayor de 65 años.

Según señaló el Gobierno en el Programa Nacional de Reformas²¹ de 2013, la aprobación del Decreto-ley 16/2012 tuvo como resultado que se dieran de baja 873.000 tarjetas sanitarias de extranjeros sin residencia legal en España.²²

En el Capítulo II del Real Decreto-Ley 16/2012 se lleva a cabo también la reforma de la cartera de servicios del SNS. A partir de este momento, la antigua cartera común de servicios creada por la Ley 16/2003 fue dividida en tres tipos de carteras:

(1) La primera era la cartera común básica de servicios asistenciales. Esta comprendía “las actividades asistenciales de prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación que se realicen en centros sanitarios o sociosanitarios, así como el transporte sanitario urgente, cubiertos de forma completa por financiación pública.”²³

(2) La segunda cartera sería la cartera común suplementaria, que incluye prestaciones cuya provisión se realiza mediante disposición ambulatoria y quedan sujetas a la aportación del beneficiario de la prestación. Algunos de los tratamientos que aquí se incluyen son tratamientos con productos sanitarios como prótesis, ortesis y sillas de ruedas o los servicios de transporte sanitario no urgente, entre otros. La cuantía que debe aportar el beneficiario se deberá regir por las mismas normas que regulan la prestación farmacéutica, siendo la base del cálculo el precio final del producto.

(3) Por último se encuentra la cartera común de servicios accesorios. Aquí se incluyen aquellos servicios, técnicas y actividades que no tienen la consideración de esenciales y que no poseen carácter de prestación, pero en cambio sí que sirven de apoyo para mejorar una patología crónica.

21 Desde 2011, el Ministerio de Hacienda español, al igual que el de todos los países miembros, debe remitir a la Comisión Europea sus Programas Nacionales de Reformas y sus Programas de Estabilidad para que se verifique el cumplimiento de las obligaciones europeas y así se puedan lograr conjuntamente los objetivos establecidos para la Unión Europea. Pueden consultarse en: <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/CDI/Paginas/EstrategiaPoliticaFiscal/ProgramaNacionalReformas.aspx>

22 Bien es cierto que esa cifra no corresponde a personas sino a tarjetas, por lo que muchas de las dadas de baja corresponden a personas ya no residentes en España o tarjetas duplicadas.

23 Art. 8.1 bis Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

Las CCAA podrían aprobar una cartera de servicios complementaria asumiendo los costes de esta a través de sus propios presupuestos. La cartera complementaria no puede extender la asistencia sanitaria gratuita a otras personas que no tienen la condición de asegurado, sino que simplemente se mejorarían las condiciones y los servicios a los asegurados.²⁴ La cartera aprobada por las CCAA tendrá que contener un mínimo de prestaciones que son las que se incluyen en la cartera común de servicios. Por tanto, se incluirán como mínimo tanto la modalidad básica de servicios asistenciales, los suplementarios y los accesorios. Los servicios complementarios deberán ser puestos en conocimiento de manera motivada al Consejo Interterritorial del SNS, así como al Ministerio de Sanidad.

4.3. Oposición al Real Decreto-ley

La exposición de motivos deja claro que la finalidad del decreto-ley es un cambio en el modelo jurídico-político de la aplicación del artículo 12 LOEX. Como ya ha ocurrido en numerosas ocasiones, anteponer los aspectos económicos en temas humanitarios supuso una oposición de numerosas personas y asociaciones.

Dicho esto, también es relevante atender al contexto en el que este Real Decreto-Ley fue aprobado. La Unión Europea puso ciertos requisitos que había que cumplir para que pudieran transferir dinero destinado a rescatar a las entidades bancarias en situación de dificultad. Estos requisitos suponían tener que reducir drásticamente el gasto público. El Gobierno consideró que una medida efectiva para reducir el gasto público era disminuir el número de personas que podrían tener acceso a la asistencia sanitaria en España.

Por lo tanto, el cambio de modelo supuso un retroceso en el proceso de universalización de la sanidad al que se estaba tendiendo desde la promulgación del texto constitucional. Esto conllevó ciertas críticas sociales y políticas a nivel nacional e internacional. La realidad es que desde diversos organismos internacionales se estaba instando a los países a tender hacia la universalidad de su sanidad. Uno de los principales abanderados de esta tendencia, la cual sigue defendiendo a día de hoy, fue la Organización Mundial de la Salud (OMS). Ya en la Asamblea Mundial de la Salud de 2005, celebrada en Ginebra, se insta a los Estados miembros a que se tome como objetivo la transición hacia la cobertura universal sanitaria para todos sus ciudadanos. Así se garantizará la salud de todos los ciudadanos, lo que permitirá reducir significativamente la pobreza.²⁵

En 2010, la directora general de la OMS, Margaret Chan²⁶, presentó en Berlín el “Informe sobre la Salud Mundial”, el cual se presenta anualmente. Ese

²⁴Este hecho parece no tener mayor importancia, pero la realidad es que, aunque las Comunidades Autónomas quieran, no podrán extender la atención sanitaria a los extranjeros irregulares ni siquiera con sus propios recursos.

²⁵ Resolución 58.33.1 4) de la Asamblea Mundial de la Salud de Ginebra, 16-25 de mayo de 2005

²⁶ Directora general de la OMS entre 2007 y 2017.

año tenía por nombre "La financiación de los sistemas sanitarios: el camino hacia la cobertura universal". Este informe propuso mejoras y reformas para países industrializados y en vías de desarrollo, sugeridas en un enfoque por etapas. Chan declaró que los pagos por los servicios de salud empujan a la pobreza a unos cien millones de personas al año y que la ineficiencia en el reparto de los recursos hace que se pierda entre el 20% y 40% del gasto sanitario total. Por lo tanto, indica que los gobernantes deberían buscar nuevas fórmulas para garantizar un mejor uso de los recursos y así poder evitar llevar a cabo recortes en la sanidad que pongan en peligro la situación económica de millones de personas que se tendrían que ver obligadas a costearse ellas mismas la atención sanitaria que requieran.

Asimismo, observando el artículo 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,²⁷ podemos considerar que se ha entrado en conflicto con el derecho de que toda persona disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Así lo consideró el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en las observaciones finales, donde se recomendó a España asegurar que las reformas establecidas por el Real-Decreto ley 16/2012 no limitasen "el acceso de las personas que residen en el Estado parte a los servicios de salud, cualquiera sea su situación legal."²⁸ También se insta a que se evalúe el impacto de las propuestas que restringen derechos de extranjeros respecto de la asistencia sanitaria y que el gobierno no realizó en ningún momento anterior a la aprobación del Real-Decreto.

Por otro lado, el hecho de apartar a los extranjeros de la asistencia sanitaria pública trajo consigo también numerosas críticas. Como ha expuesto el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes²⁹, puede ser contraproducente y provocar problemas para la salud pública, apartar a los extranjeros irregulares de la atención sanitaria gratuita porque muchos de estos extranjeros pueden portar nuevas enfermedades o enfermedades ya erradicadas en nuestro país y pueden producir graves problemas sanitarios si no se tratan a tiempo. Por otro lado, los costes sanitarios son mucho mayores si al extranjero hay que atenderle solamente en situaciones de urgencia o enfermedad grave y no cuando todavía no se encuentra en situación de gravedad y podría recibir tratamiento.

27 Aprobado por la Asamblea de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1996 y ratificado por España en 1977, que a diferencia de la Carta Internacional de Derechos Humanos sí que imponía obligaciones jurídicas vinculantes.

28 Párrafo 19 del "Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud de los artículos 16 y 17 del Pacto. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el 48º período de sesiones del 30 de abril a 18 de mayo de 2012. Sobre ellas, véanse los trabajos de Jimena Quesada (2018: 830 y 837-839) y Delgado del Rincón (2019: 46-47 y 144).

29 FORO PARA LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES, El nuevo marco legal y la salud de los inmigrantes, Madrid, MEYSS, 2012, p. 53.

Véase también RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: "El derecho a la Asistencia Sanitaria de los extranjeros en situación irregular", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 5, 4º trimestre de 2015.

En 2018, la Universidad Pompeu Fabra presentó un estudio³⁰ con la intención de exponer los efectos del RDL 16/2012. En ese estudio se mostró como del año 2012 al 2015, la mortalidad entre los extranjeros en situación irregular aumentó un 15%, lo que significaba aproximadamente un incremento de 70 muertes anuales.

Además, según los datos del Instituto Nacional de Estadística³¹ de 2012, la mortalidad aumentó en España un 4,6% y la esperanza de vida se redujo por primera vez dos décimas del total, pasando de los 82,3 años a los 82,1 años. Aunque no existen estudios detallados que demuestren el nexo causal de manera indubitada, no es descabellado pensar que estos datos podrían ser los primeros indicios de los efectos de los recortes, no solo del relativo a la asistencia a extranjeros en situación irregular, sino también del conjunto de recortes aplicados en las prestaciones sanitarias.

3.4. La reacción de las CCAA

A raíz de la promulgación del Real Decreto-ley, ciertas CCAA interpusieron recursos de inconstitucionalidad contra el mismo y promulgaron sus propias normas, ya sea para continuar brindando cobertura sanitaria gratuita en las mismas condiciones que a los españoles a extranjeros irregulares o ofreciéndoles un programa sanitario específico.

La sanidad es una materia de titularidad compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas. El Estado ostenta la competencia exclusiva tanto en el establecimiento de las bases y la coordinación general de la sanidad (149.1.16 CE), como en la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social (149.1.17 CE). Las CCAA, en cambio, son las encargadas del desarrollo y ejecución de las normas básicas del Estado. Estas deben atender siempre, a su vez, al principio de solidaridad entre Comunidades (art.2 CE y art.138 CE). Son competentes para ejecutar, administrar y gestionar sus propias normas.

Las CCAA que interpusieron los recursos de inconstitucionalidad contra el Decreto-ley fueron la Comunidad Foral de Navarra, el Gobierno del Principado de Asturias, el Gobierno del País Vasco, la Junta de Andalucía y la Generalitat de Cataluña por un posible incumplimiento de los artículos 10, 14, 43 y 86.1 de la Constitución.

Por otro lado, distintas CCAA aprobaron normas que extendieron la asistencia sanitaria a extranjeros en situación irregular alegando la competencia que tenían para aprobar normas que desarrollaran las normas básicas del Estado. Estas normas fueron el Decreto 114/2012 del País Vasco sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, la Ley Foral 8/2013 y Decreto Foral 117/2012

30 JUANMARTI MESTRES, A.; LÓPEZ CASASNOVAS, G.; VALL CASTELLO, J.: "The deadly effects of losing health insurance", *CRES-UPF Working Paper #201804-104*. Instituto de Economía de Barcelona y Universidad Pompeu Fabra, marzo de 2018.

31 Informe anual de INE 2012, presentado en febrero de 2013

de Navarra sobre el procedimiento y las condiciones para el acceso a las prestaciones del régimen de universalización de la asistencia sanitaria pública, el Decreto Ley 3/2015 de la Comunidad Valenciana sobre la regulación del acceso universal a la atención sanitaria y la Ley 7/2016 de medidas extraordinarias contra la exclusión social en Extremadura. Posteriormente haré una referencia a cada una de ellas cuando analice las sentencias que declaraban la inconstitucionalidad de todas ellas.

El Gobierno respondió a estas normas de algunas CCAA impugnándolas ante el Tribunal Constitucional y paralizando su aplicación haciendo uso de la posibilidad de reclamar la suspensión automática prevista en el artículo 161.2 CE.

5. LAS RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional resolvió a través de diversas sentencias tanto los recursos de inconstitucionalidad impuestos por las CCAA, como los interpuestos por el Gobierno.

Las sentencias relativas a los recursos de la Comunidades fueron la STC 139/2016, de 21 de julio, mediante la que se resuelve el recurso planteado por el Parlamento de Navarra; la STC 183/2016, de 3 de noviembre, mediante la que se resuelve el recurso planteado por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias; la STC 33/2017, de 1 de marzo, que resuelve el del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía; la STC 63/2017, de 25 de mayo, que resuelve el del Consejo de Gobierno de la Generalitat de Cataluña; la STC 64/2017, de 25 de mayo, que resuelve el del Gobierno del País Vasco; y, finalmente, la STC 98/2017, de 20 de julio, que resuelve el del Gobierno de Canarias.

En el caso de las normas impugnadas por el Gobierno, las sentencias fueron las siguientes; SSTC 134/2017, de 16 de noviembre, para el decreto del Gobierno Vasco, SSTC 18/2018, de 22 de febrero, para el decreto del Gobierno Foral Navarro, SSTC 145/2017, del 14 de diciembre, para el decreto del Gobierno de la Comunidad Valenciana, SSTC 2/2018, de 11 de enero, para la ley de la Asamblea de Extremadura y SSTC 17/2018, de 22 de febrero, para la ley del Parlamento de la Comunidad Foral Navarra.

En relación con los decretos y leyes autonómicas impugnadas por el Gobierno, el debate se centra en si entra dentro de las competencias autonómicas el poder extender la asistencia sanitaria a otros sujetos distintos a los dispuestos en las leyes nacionales o si, por el contrario, supondría una vulneración al artículo 149.1.16. El Gobierno alega invasión de competencias del artículo 149.1.1,2,16 y 17 CE. En cambio, las Comunidades alegan que no se están invadiendo competencias estatales, sino que simplemente se está complementando la legislación básica.

5.1. La STC 139/2016, de 21 de julio

El Tribunal Constitucional se pronuncia por primera vez respecto a los recursos de inconstitucionalidad impuestos por varias Comunidades a diferentes artículos del Decreto-Ley 16/2012. La primera sentencia en la que se pronuncia el Tribunal sobre esta cuestión es la 139/2016, de 21 de julio, referente al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra.

Dos artículos constitucionales serían, según la asamblea legislativa recurrente, los que habrían sido vulnerados.

5.1.1. Sobre la vulneración del artículo 86.1

Por un lado, el 86.1 CE, al no darse los requisitos necesarios para poder dictar un Decreto-Ley. Según la Comunidad Foral de Navarra este no debería ser válido por no tratarse de un caso de extraordinaria y urgente necesidad y porque afecta a derechos, deberes y libertades que están incluidos en el Título I de la Constitución.

La sentencia se ocupa de este tema en los FFJJ 3 a 5. Para tratar de averiguar si los requisitos de extraordinaria y urgente necesidad son válidos en este caso, el Alto Tribunal analiza dos aspectos. Estos serían si los motivos para la aprobación del decreto-ley han sido presentados de manera explícita y razonada por el Gobierno y si hay una conexión entre las medidas propuestas y la situación de urgencia planteada.

El Tribunal sentencia que las normas planteadas guardan una relación directa con la situación de insuficiencia económica que se pretende afrontar³² y que esa situación está verificada por diversos informes del Tribunal de Cuentas³³ y si no se toman medidas urgentes podría convertirse en un problema irreversible. Por lo tanto, ese motivo de inconstitucionalidad debe ser desestimado.

En cuanto a si el decreto afecta a derechos y libertades incluidas en el Título I de la Constitución, el Tribunal se pronuncia en el FJ 6. El Tribunal no es partidario de hacer una interpretación extensiva de ese límite material porque de lo contrario resultaría imposible utilizar el instrumento del decreto-ley para regular en mayor o menor medida cualquier aspecto relativo a los artículos del Título I. Lo que resultó determinante para desestimar la inconstitucionalidad de ese aspecto fue configurar el artículo 43 CE como un principio rector, por lo que "carecería de contenido esencial que pueda ser afectado por la legislación de urgencia". Esto da al legislador libertad para regular los aspectos relativos a este derecho a través del decreto-ley.

5.1.2. Sobre la vulneración del artículo 43

Por otro lado, varios artículos del Decreto-Ley 16/2012 pudieron vulnerar, a juicio de la asamblea recurrente, el artículo 43 CE, referente al derecho a la protección de la salud, en relación, a su vez de los artículos 14 CE y artículo 10

32 FJ 5: "Por tanto, (...) la nueva concepción de asegurado y beneficiario en relación con la asistencia sanitaria sostenida con fondos públicos acredita las debidas condiciones de coherencia y congruencia, en relación con los problemas que se persigue solucionar y la situación económica deficitaria que se pretende controlar. Se aprecia así que estas normas guardan relación directa con la situación que se trata de afrontar."

33 El uso abusivo de la sanidad pública en España se tasó en 917 millones de euros en el "Informe de fiscalización de la gestión de las prestaciones de asistencia sanitaria derivadas de la aplicación de los reglamentos comunitarios y convenios internacionales de la seguridad social" del año 2012.

CE referentes al derecho a la igualdad y a la dignidad de la persona respectivamente.

La Comunidad Autónoma ha alegado que a través del decreto-ley se ha cambiado un sistema sanitario universal por un sistema de aseguramiento en el que los inmigrantes ilegales no tienen reconocido el derecho a la protección de la salud que está reconocido en diferentes tratados y acuerdos internacionales ratificados por España y que coloca a esos extranjeros en una posición que es incompatible con su dignidad humana y que afecta tanto a su salud como a la salud los demás.

Este aspecto es el más controvertido al tratar términos que revisten cierta complejidad como es la dignidad humana o el alcance del derecho a la asistencia sanitaria. El Tribunal Constitucional se expresa sobre este aspecto en los Fundamentos Jurídicos 8 y 10.

El Tribunal habla de que efectivamente ha habido una tendencia desde los poderes públicos a la universalización de la sanidad desde que se promulgó la Constitución y su artículo 43. También es una realidad que el Decreto-ley 16/2012 ha truncado esa tendencia. Pero para el Tribunal esta universalización es simplemente un objetivo que se han marcado los poderes públicos y no una obligación. “La universalidad no debe confundirse con un derecho a la gratuidad en las prestaciones y los servicios sanitarios.”³⁴

Además, para el Tribunal no se vulneró el derecho a la protección de la salud del artículo 43 CE a raíz de la reforma del artículo tercero de la Ley 16/2003 porque al tratarse de un derecho social, el legislador dispone de gran margen para la determinación del contenido del derecho y así podrá establecer diferencias “entre nacionales y extranjeros y entre extranjeros residentes legalmente y no residentes legalmente”.

El Tribunal aprecia también que se debe legislar teniendo en cuenta las circunstancias económicas de cada momento y atendiendo a la situación contable del SNS y de la Seguridad Social. Esto es fundamental para el sostenimiento del sistema sanitario público a largo plazo y el uso eficiente del gasto público. “La sostenibilidad del sistema sanitario público impone a los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización del gasto sanitario, necesarias en una situación caracterizada por una exigente reducción del gasto público, de manera que las administraciones públicas competentes tienen la obligación de distribuir equitativamente los recursos públicos disponibles y favorecer un uso racional de este Sistema.”³⁵

El Tribunal Constitucional ha realizado una clasificación tripartita de la titularidad y ejercicio de los derechos de los extranjeros en España.³⁶ Para esta distinción los magistrados toman en cuenta diversos aspectos. En primer lugar, el contenido de los derechos en acuerdos y tratados internacionales ratificados

34 STC 139/2016, FJ 8.

35 ATC 96/2011, de 21 de junio, FJ 6.

36 La primera vez que encontramos esta clasificación es en la STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 4.

por España y que tienen relación con los derechos humanos. Por otro lado, se apoyan en nuestro ordenamiento jurídico interno, en cuales son los derechos que tienen reconocidos los extranjeros tanto en el texto constitucional como en otras leyes, entre las cuales, en particular, la ley de extranjería. Prestarán especial atención a cuál es el grado de conexión de esos derechos con la dignidad humana (art.10.1 CE).

Tomando esto en consideración, el TC clasifica los derechos de la siguiente manera:

(1) En primer lugar, se encuentran aquellos derechos fundamentales respecto de los cuales los extranjeros deben ser equiparados a los españoles en igualdad de condiciones por ser requisito imprescindible para la garantía de la dignidad humana. En este grupo se incluirían derechos como el derecho a la intimidad, derecho a la vida, derecho a la integridad física y moral, la libertad ideológica, derecho a la educación o el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

(2) En segundo lugar, encontramos aquellos derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros ni tan sólo por previsión legal. Aquí se incluiría el artículo 23 CE, referente al derecho a participar en asuntos públicos y el derecho a acceder a cargos públicos, con los requisitos que la ley establece. La única excepción es que se apruebe un tratado o ley que permita el sufragio activo y pasivo a extranjeros en las elecciones municipales (art. 13.2 CE).

(3) Por último, se encuentran los derechos de configuración legal que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados o la ley, pudiendo haber una diferencia de trato entre extranjeros y ciudadanos españoles. Son derechos no atribuibles directamente a los extranjeros pero que el legislador podrá extender. En este grupo se encontraría el derecho a la protección de la salud, por tanto, susceptible de ser modificado en su aplicación a los extranjeros.

Tomando en consideración todo lo expuesto en su argumentación, el Tribunal indica que el legislador ha actuado dentro de los límites de los que dispone y que no se está adoptando una decisión arbitraria, sino que el decreto busca el mantenimiento del sistema sanitario público, que es un bien público constitucionalmente protegido.

Las normas cuya constitucionalidad fue puesta en tela de juicio son simplemente una respuesta a “una licita opción del legislador que queda dentro de su margen de configuración que le es propio, sin que con ello se vulnere el art. 43 CE en relación con el art. 13 CE”.³⁷

Otra de los motivos de inconstitucionalidad alegados fue el no respeto al contenido del derecho a la salud comprendido en los tratados y convenios internacionales ratificados por España. Según la jurisprudencia del Tribunal, “los

37 STC 139/2016, FJ 10.

tratados y convenios internacionales no son, en sí mismos, canon de constitucionalidad de los preceptos recurridos”³⁸, para acabar sentenciando que “sólo podrá declararse su inconstitucionalidad si aquellas normas con rango de Ley vulneran el contenido constitucionalmente declarado de tales derechos y libertades”.³⁹

Hay un aspecto que la sentencia si declara inconstitucional y es la parte del artículo 3.2 de la Ley 16/2003 que fue modificada por el decreto 16/2012 en su artículo 1. Específicamente el inciso “siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente”⁴⁰. En el Real Decreto 1192/2012 se determinó ese límite en 100.000 euros en su artículo 2.1 b). De modo que a partir de este momento la simple acreditación de residente por parte del extranjero le permitirá tener la condición de asegurado sin tener que acreditar sus ingresos. En cambio, los inmigrantes que no tengan permiso de residencia y se encuentren en situación irregular seguirán sin poder acceder a la atención sanitaria.

La STC 139/2016 no contó con un pronunciamiento unánime por parte de los magistrados, sino que hubo dos votos particulares.

Un primer voto particular formulado por el Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré y al que se adhirió la Magistrada Adela Asúa Batarrita. Consideran los magistrados disidentes que el Real Decreto-ley 16/2012 debió declararse inconstitucional, o al menos parcialmente, por no adecuarse a las exigencias del art. 86.1 CE. No están de acuerdo con que el Tribunal haya dado por válido el presupuesto habilitante de extraordinaria y urgente necesidad por parte del Gobierno.

Además, consideran que los límites materiales del artículo 86.1 CE han sido vulnerados por no cumplir la prohibición de “afectar a los derechos de los ciudadanos reconocidos en el Título I CE”. Según los magistrados, a pesar de que el derecho a la salud del artículo 43 CE se sitúa fuera de los derechos fundamentales, tiene una clara relación de instrumentalidad con un derecho fundamental tan importante como es el artículo 15 CE, que defiende el derecho a la vida y la integridad física y moral. Es por ello que se habría visto afectado, aunque sea indirectamente, uno de los derechos del Título I de la Constitución y por lo tanto no sería válido dictar un Real Decreto-ley sobre este aspecto.

Por último, en el voto particular se indica que se deberían haber explicado más motivos sobre el hecho de que se haya retrocedido en el contenido del artículo 43 CE, dejando de prestar atención sanitaria a unas personas que ya la disfrutaban.

38 STC 139/2016, FJ 10.

39 STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 5.

40 STC 139/2016, antecedente 2 h). Indica que dicho inciso incurriría en inconstitucionalidad del artículo 81 CE ya que la incorporación de tramos de renta supone la cesión de datos personales sin consentimiento del interesado. No hay una previsión legal que lo autorice, por lo que se estaría incumpliendo el art. 11 de la LO 15/1999, de protección de datos de carácter personal.

El segundo voto particular lo formuló el Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos. Las razones que alega para defender la inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 16/2012 son; en primer lugar, la vulneración del artículo 86.1 CE por no haber justificación entre la urgencia y extraordinaria necesidad y la exclusión de ciertos colectivos de la asistencia sanitaria. No comparte, por lo tanto, lo que expresa el tribunal en el FJ 5 de la sentencia sobre que sí que existe relación directa entre las normas aprobadas y la situación directa que se trata de afrontar.

Por otro lado, el magistrado firmante también aprecia inconstitucionalidad por vulneración del artículo 43 CE.⁴¹

5.2. Sentencias del Tribunal Constitucional en respuesta a la impugnación de las normas autonómicas por el Gobierno

Por otro lado, el Tribunal Constitucional se acaba pronunciando sobre la impugnación por parte del Gobierno de las normas aprobadas por diferentes Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas como respuesta al Real Decreto-ley 16/2012. Este pronunciamiento se materializa por primera vez en la STC 134/2017, de 16 de noviembre, sobre el Decreto 114/2012 del Gobierno Vasco. En este caso el Gobierno Vasco aprobó que aquellos que estuviesen incluidos en un padrón municipal de Euskadi durante el período de un año, tuviesen ingresos menores a la cuantía de la renta básica para la inclusión social y no recibiesen protección sanitaria pública, tuviesen acceso a la cartera de servicios del Sistema de Salud del País Vasco en las mismas condiciones que aquellos que poseyesen la condición de asegurados.⁴²

En esta sentencia se declara la inconstitucionalidad y nulidad de esta norma, que pretendía el acceso a la asistencia sanitaria a personas que no tenían la condición de beneficiarios o asegurados del SNS.

El Tribunal establece que el apartado que ha sido vulnerado del artículo 149.1 CE es el 16⁴³ puesto que es el que más se relaciona con el caso concreto a tratar. Se consideró, por lo tanto, que la Comunidad Autónoma del País Vasco se había extralimitado en sus competencias y no había respetado los contenidos básicos de las normas estatales. Y es que, tal y como explica la sentencia “la decisión acerca de quiénes deban ser beneficiarios de las prestaciones sanitarias y cuáles sean dichas prestaciones, pertenece indudablemente al núcleo de lo básico”⁴⁴. El Tribunal expone que las CCAA no pueden extender el ámbito subjetivo de la relación prestacional porque “la normativa básica estatal cierra toda posibilidad a las normas autonómicas de desarrollo para configurar

41 En este caso suscribe lo expuesto en el punto III del Voto particular del Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré.

42 Artículo 2 del Decreto 114/2012, de 26 de junio.

43 16.^a Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos.

44 Cita de Antecedente 2 STC 134/2017, de 16 de noviembre, referente al FJ 5 de la STC 136/2012, de 19 de junio, que expresa que “la decisión acerca de quiénes deban ser beneficiarios de las prestaciones sanitarias y cuáles sean dichas prestaciones, pertenece indudablemente al núcleo de lo básico, pues define los ámbitos subjetivo y objetivo de la propia materia”.

un sistema de acceso a las prestaciones sanitarias que no atienda a los conceptos de asegurado o de beneficiario que han establecido las bases”⁴⁵.

Tanto en STC 134/2017 y la STC 145/2017⁴⁶, el Tribunal es claro y concluye que “la normativa básica estatal cierra toda posibilidad a las normas autonómicas de desarrollo para configurar un sistema de acceso a las prestaciones sanitarias que no atienda a los conceptos de asegurado o de beneficiario que han establecido las bases recogidas en el tantas veces citado artículo 3 de la Ley 16/2003”.

Esta línea jurisprudencial que he expuesto es la que utilizaría el Tribunal Constitucional para las demás sentencias posteriores relativas al conflicto de competencias entre Gobierno y CCAA⁴⁷.

De nuevo, al igual que en la STC 139/2016, la doctrina del Tribunal Constitucional no fue unánime y se dictaron dos votos particulares por parte de los Magistrados.

En el primer voto particular⁴⁸, los Magistrados sostienen que la uniformidad mínima que establece el Estado para asegurar un nivel mínimo de suficiencia de las prestaciones sanitarias públicas, puede ser mejorada por las Comunidades Autónomas siempre y cuando no se contravenga el principio de solidaridad del art. 2 y 138 CE. Además la regulación mínima a la que se hace referencia tiene que ser entendida “sin perjuicio, bien de las normas que sobre la materia puedan dictar las Comunidades Autónomas en virtud de sus respectivas competencias (...), dirigidas, en su caso, a una mejora en su ámbito territorial de ese mínimo común denominador establecido por el Estado, bien de las propias competencias de gestión o de financiación que sobre la materia tengan conforme a la Constitución y a los Estatutos”.⁴⁹ Este voto particular critica la “desmedida noción de lo básico” que ha determinado el Tribunal Constitucional. Sorprende que no solamente se limitan a discrepar con la decisión restrictiva de

45 STC 134/2017, de 16 de noviembre, FJ 5.

46 STC 145/2017, de 14 de diciembre, por la que se declara inconstitucional el Decreto-ley 3/2015, de 24 de julio, del Consell de la Generalitat de Valencia. En este caso, garantizaban el acceso a las prestaciones sanitarias públicas a aquellos extranjeros sin la condición de asegurado que acreditasen el empadronamiento en algún municipio de la Comunidad Valenciana durante al menos 3 meses y no tuviesen cobertura sanitaria pública garantizada por otro título. (art. 6).

47 SSTC 18/2018, de 22 de febrero para el decreto navarro: el Decreto Foral 117/2012 expresaba que podían recibir asistencia sanitaria aquellos que acreditasen empadronamiento durante 1 año en Navarra y también aquellos que fuesen poseedores de la tarjeta sanitaria antes de la aprobación del RD 16/2012 y no cumplieran el requisito de empadronamiento. (art. 1) SSTC 2/2018, de 11 de enero para la ley extremeña: La ley 7/2016 permitía a los extranjeros mayores de edad inscritos en el padrón de un municipio extremeño durante 3 meses y que no poseían de recursos económicos suficientes, beneficiarse de sanidad pública extremeña en las mismas condiciones que los españoles. (art.7) SSTC 17/2018, de 22 de febrero para la ley navarra. En este caso corresponde a la Ley Foral 8/2013. Como hemos visto, en un primer momento Navarra exigía el empadronamiento durante un año para ser beneficiario del sistema de salud público navarro. A raíz de esa ley ya no había requisito temporal y cualquier empadronado podría ser beneficiario de la sanidad navarra.

48 Magistrados Fernando Valdés Dal-Ré, Juan Antonio Xiol Ríos, Cándido Conde-Pumpido Tourón y la Magistrada María Luisa Balaguer Callejón.

49 STC 98/2004, de 25 de mayo, FJ 7.

competencia del Gobierno Vasco, sino que también expresan una gran crítica al Real Decreto-ley 16/2012, indicando que ha supuesto un “intenso retroceso en la promoción y desarrollo del derecho a la protección de la salud” y que el Gobierno “ha colocado entre paréntesis el proceso de construcción y consolidación en la sociedad española del Estado de Bienestar.”

Por otro lado, el Voto particular emitido por el Magistrado Antonio Narvárez Rodríguez, discrepa también del alcance de la normativa básica que ha establecido la sentencia y que es la que determina el margen del que disponen las Comunidades Autónomas para legislar. La ley no prohíbe expresamente en ningún momento que las Comunidades no puedan extender la cobertura sanitaria a otros colectivos no incluidos en el artículo 3 de la ley 16/2003 con sus propios recursos.

6. EL REAL DECRETO-LEY 7/2018, DE 27 DE JULIO

En 2018 se produjeron una serie de circunstancias que causaron el cambio del modelo sanitario público español de nuevo. El 1 de junio de 2018 triunfó la moción de censura planteada por parlamentarios del PSOE contra el entonces Presidente del Gobierno, Mariano Rajoy, del Partido Popular, y Pedro Sánchez fue investido como Presidente y formó un nuevo Gobierno. Como es común en los primeros años de andadura de los gobiernos, se promulgaron diversos decretos-leyes, en este caso un mayor número de promulgaciones al no poseer el gobierno una mayoría parlamentaria amplia. El Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, fue el segundo que aprobó el nuevo Gobierno, pocas semanas después del comienzo de su andadura, por lo que se puede deducir la gran convicción del nuevo gobierno por el cambio de modelo.

En el preámbulo del decreto-ley se exponen las razones por las cuales se prescindirá de la condición de asegurado o beneficiario para el acceso a la sanidad pública que estaba siendo necesaria hasta ese momento en nuestro país. Se pasa de la priorización de la solvencia y eficiencia económica del SNS, a la protección efectiva de la salud de colectivos con especial vulnerabilidad como son los extranjeros no autorizados a residir en España. Observando la exposición de motivos se saca en conclusión la búsqueda del cumplimiento efectivo del derecho de protección de la salud del artículo 43 CE; de los principios de justicia social, solidaridad e igualdad y por último de los tratados internacionales de carácter vinculante que España ha ratificado. Cabe decir que no se nombran en la exposición de motivos a que tratados concretos se refiere.

Tres son los objetivos fundamentales que se buscaban conseguir con las reformas incluidas en este nuevo decreto-ley:

- a) Restablecimiento de la asistencia sanitaria gratuita para los excluidos de las reformas del Decreto-ley 16/2012.
- b) Poner fin a la inseguridad jurídica y a la desigualdad en el acceso a la asistencia sanitaria generadas por el Decreto-ley 16/2012 y las distintas normas autonómicas aprobadas en respuesta.
- c) Armonizar y homogeneizar el contenido normativo derivado de las distintas legislaciones autonómicas.

De acuerdo con el texto, el acceso a la sanidad pública es un derecho primordial de toda persona y se debe garantizar la protección de la salud y la atención sanitaria a toda persona que se encuentren en territorio español y debe ser en las mismas condiciones.

De nuevo se produce una modificación del artículo 3 de la Ley 16/2003 de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Recordemos que el modelo

anterior a este decreto requería poseer la condición de asegurado para poder acceder a los servicios del SNS. A partir de la aprobación de este decreto-ley, la titularidad del derecho a la protección a la salud queda en manos de “aquellas personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español.” El punto dos matiza esto y divide en tres grupos a los que serán titulares de los citados derechos financiados con fondos públicos:

- a) En primer lugar los españoles de nacionalidad que tengan residencia en España.
- b) En segundo lugar los que por cualquier título jurídico tengan reconocido el derecho a asistencia sanitaria en España a no ser que haya un tercero obligado al pago.
- c) Por último, los extranjeros que tengan residencia legal y habitual en España sin obligación de tener cobertura obligatoria de atención sanitaria.

Atendiendo a los criterios observados hasta ahora se presumiría que un extranjero en situación irregular está en las mismas condiciones que se encontraba antes. La novedad se encuentra en el artículo 3 *ter* de “protección de la salud y atención sanitaria a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español.”

Desde ese momento una persona que no ostente un permiso de residencia en España podría tener derecho a la atención sanitaria con cargo de fondos públicos en las mismas condiciones que un español de nacionalidad. Para ello tendría que cumplir tres requisitos expresados en sentido negativo, que evitarán así un uso indebido del derecho por parte de los extranjeros. Estos requisitos son:

- a) Inexistencia de tercero obligado al pago
- b) Imposibilidad de exportar desde su país de origen el derecho a la cobertura sanitaria.
- c) De acuerdo con la legislación de la UE, los acuerdos bilaterales y demás normativa aplicable, no existir obligación de demostrar por otros medios la cobertura obligatoria de prestación sanitaria

Esta asistencia prestada con fondos públicos a estas personas no tendrá efecto fuera del territorio español.

Por otro lado, se establece que las Comunidades Autónomas serán las encargadas de fijar los procedimientos de expedición de los documentos para acreditar a los extranjeros y que puedan acceder a atención sanitaria.

Por lo tanto, los extranjeros con residencia legal sí tienen reconocido la titularidad del derecho pero a los extranjeros que no poseen de residencia legal

simplemente se les reconoce el acceso a la asistencia sanitaria y no la titularidad del derecho en sí.

6.1. Resolución de 20 de junio de 2019, de la Dirección General de la Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y farmacia

Esta es una resolución administrativa de un órgano dependiente del Ministerio de Sanidad. La finalidad de esta resolución es la de crear “recomendaciones para el procedimiento de solicitud, registro y expedición del documento certificativo que acredita a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan residencia legal en territorio español, para recibir asistencia sanitaria”.

El propósito principal por parte del Gobierno con esta resolución era el de clarificar y unificar el contenido del Decreto-ley 7/2018. Para ello se formó una comisión con representantes de las CCAA, del Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social, del Instituto de Salud Carlos III, de las mutualidades de los funcionarios y del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria. Todos ellos presididos por el director general de Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud.

Va dirigida exclusivamente a los extranjeros que no tienen una estancia autorizada en territorio español y no poseen una prestación de asistencia sanitaria por otra vía o haber exportado esa prestación desde su país de procedencia u origen.

La solicitud deberá realizarse únicamente por la persona interesada y deberá presentar una serie de documentaciones. En primer lugar, una acreditación que logre identificar a esa persona, ya sea un pasaporte, documento de identidad o documento emitido por la Administración del Estado. En el caso de los menores de edad, también se podrán identificar con el certificado de nacimiento o libro de familia emitido por su país de origen o por la Administración del Estado. Posteriormente deberán presentar una acreditación de no existencia de un tercero obligado al pago, como seguros suscritos con entidades públicas o privadas, y de no haber exportado el derecho de asistencia sanitaria desde su país de origen. Por último, se establece el requisito de haber residido durante al menos tres meses en territorio español para poder optar a la asistencia, por lo que deberán acreditar esa estancia efectiva a través de algún certificado o volante de empadronamiento. En caso de que dicho volante no pueda acreditarse por alguna razón, el Documento de Recomendaciones permite también aportar otros documentos como cartas de viaje expedidas por consulados, inscripciones en colegios, registro de visitas a servicios sociales u otros documentos oficiales de cualquier Administración del Estado.

Tras este procedimiento, los solicitantes recibirán un alta provisional que puede durar un máximo de tres meses. Tras este período la Administración estimará o desestimará la petición. En el caso de desestimarla, podrán facturar la asistencia que se haya podido recibir en el período de alta provisional. Si se

estima finalmente, se pasará a ser beneficiario del sistema público de salud. El documento que lo acredita deberá ser renovado cada dos años y en el caso de que haya un cambio de residencia a otra Comunidad Autónoma, deberán repetir el mismo procedimiento en este caso en la nueva Comunidad Autónoma.

A pesar de esta resolución, la finalidad de unificar el criterio en todas las Comunidades Autónomas no fue posible. Esto es debido a que las resoluciones administrativas no tienen naturaleza de norma y no pueden ser exigidas puesto que no son emitidas por un órgano competente para dictar normas reglamentarias. Recordemos que el Estado tenía competencia exclusiva para legislar sobre los contenidos básicos relativos al Sistema Sanitario Público, mientras que las Comunidades Autónomas eran las encargadas del desarrollo de esos contenidos, así como del procedimiento y los trámites administrativos de los mismos. Por ello, lo comprendido en la resolución sobre la forma de aplicación del Real-Decreto 7/2018 sirve solamente como recomendación a las Comunidades Autónomas.

6.2. Aplicación del Decreto-ley 7/2018 en las Comunidades Autónomas

Como hemos apuntado, uno de los objetivos tanto del RD-L 7/2018 como de la posterior resolución del Ministerio de Sanidad, era el de unificar y homogeneizar la aplicación del derecho a la asistencia sanitaria en todo el territorio español. La realidad es que, tal y como viene ocurriendo durante toda la etapa constitucional, las Comunidades se apoyan en las competencias asumidas en sus Estatutos para indicar, cada una a su manera, el procedimiento para poder acceder a la asistencia sanitaria.

Encontramos diferencias ya simplemente en la forma de comunicación de la aplicación y procedimiento de la normativa en las distintas Comunidades. Hasta nueve Ciudades o Comunidades Autónomas lo hacen mediante instrucciones internas para profesionales. Estas son Andalucía, País Vasco, La Rioja, Madrid, Melilla, Murcia, Extremadura, Asturias y Navarra. Tanto en La Rioja como en Extremadura las instrucciones se comunican exclusivamente a los trabajadores sociales. Otras Comunidades, como la Comunidad Valenciana o Aragón, han publicado las instrucciones en sus páginas web oficiales, pero con acceso restringido a personas con membrete oficial. Otras Comunidades han publicado aspectos de la aplicación del decreto-ley en sus páginas web pero de forma parcial.

En cuanto al requisito de estancia de 90 días, las únicas Comunidades Autónomas que actualmente dan cobertura sanitaria desde el primer día son Cataluña, Baleares y Castilla-La Mancha. Las otras 14 Comunidades Autónomas exigen, para poder dar asistencia sanitaria a extranjeros en situación irregular, la estancia de al menos 90 días en territorio español, la cual deben demostrar de alguna forma.⁵⁰

50 "El derecho a la asistencia sanitaria en las comunidades autónomas: Un derecho hecho pedazos" Informe acerca de la trasposición y aplicación del RDL 7/2018 a nivel autonómico entre 2018 y 2022. Yo si sanidad Universal. Noviembre de 2022

6.3. El requisito de permanencia durante 90 días

El Real Decreto-Ley 7/2018 en ningún momento establece un tiempo de permanencia determinado para hacer efectivo el acceso a la asistencia sanitaria pública. En cambio, como ya he expresado, la Resolución de 20 de junio de 2019 sí establece la recomendación de ese requisito.

El problema surge en que la citada resolución no distingue entre personas que tienen una estancia autorizada de corta duración, la cual puede durar hasta los 90 días, y personas que desde su entrada en territorio nacional se encuentran en situación irregular. En el primer caso, las personas han tenido que finalizar su periodo de estancia autorizada para obtener el alta en el sistema sanitario. Por otro lado, este requisito no puede imponerse para aquellas personas que no han obtenido en ningún momento esa autorización de estancia por lo que se les debería garantizar desde el primer momento esa asistencia.

Hay dos situaciones donde los extranjeros quedan en una posición de especial vulnerabilidad. La primera sería aquellos extranjeros cuyo visado es inferior a 90 días, por lo que estarían durante el período restante al cumplimiento de los 90 días sin ningún tipo de cobertura. Por otro lado, aquellos extranjeros que han entrado en nuestro territorio de manera irregular. Este es el ejemplo de los inmigrantes que cruzan la valla de Melilla o aquellos que llegan a la costa en pateras. Estos inmigrantes llegan sin ningún tipo de visado o autorización de residencia, lo que supone encontrarse durante un mínimo de 90 días sin poder optar a ningún tipo de asistencia médica pública.

Asimismo, nos encontramos con el caso especial de aquellos extranjeros que no ingresan en nuestro país con un permiso de estancia como tal, pero tampoco lo hacen de manera irregular. Este es el caso de los refugiados que solicitan el asilo en nuestro país, ya sean apátridas u otros nacionales no comunitarios. Para estos casos se aplica lo dispuesto en la ley 12/2009⁵¹ y Real Decreto 576/2013⁵²

Esta situación de confusión jurídica, junto con las competencias de las CCAA para legislar sobre este aspecto, ha producido que en la actualidad hasta catorce CCAA requieran una estancia verificada en el padrón municipal de al menos 90 días para poder optar a la asistencia, en algunas de ellas debiendo ser esa estancia en la Comunidad Autónoma donde se hace la solicitud. En otras

51 Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.
52 Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y se modifica el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

Comunidades como Cataluña, Islas Baleares o Castilla la Mancha no es necesario este requisito, aunque si es cierto que en la práctica no se opta a la misma cobertura o determinados centros sí piden ese requisito.

Lo que se pretende con esta medida por parte de las CCAA es que los extranjeros no realicen un uso abusivo de la sanidad pública de nuestro país ya que pueden contar también con cobertura médica de su país de origen o un seguro de viaje que les cubra esa asistencia en caso de enfermedad y que no pongan en conocimiento de las autoridades públicas.⁵³ Como indica el Informe de la Plataforma de trabajadores y usuarios de la sanidad pública *Yo Sí Sanidad Universal*⁵⁴, la realidad es que muchas de las personas que no acreditan los documentos expresados en el apartado 2º del artículo 3 *ter* LCCSNS lo hacen porque han abandonado su país de origen de manera irregular, por lo que no podrán obtener los documentos o certificados en las instituciones de su país de origen o consulados de su país en España porque no se los van a facilitar. Esto hace que, a pesar de cumplir los requisitos necesarios, no puedan certificarlos. Por consiguiente, no podrán tener acceso a la asistencia sanitaria en muchas de las CCAA.

Además, esta situación ha provocado que haya personas vulnerables como embarazadas y menores a los que se ha denegado el acceso por no haber podido acreditar la estancia de al menos 90 días en territorio nacional. También otras personas con enfermedades graves como diabetes, cáncer o problemas cardiovasculares a los que no se les ha atendido o se les ha facturado por la atención.⁵⁵

53 El denominado “turismo sanitario”

54 Es un movimiento ciudadano independiente creado en 2012 a raíz de la aprobación del Real-Decreto-ley 16/2012 y fue creado para conseguir la derogación del RD-L 16/2012 y recuperar el modelo de sanidad universal.

55 Para esas personas afectadas por la exclusión sanitaria, la plataforma *Yo Sí Sanidad Universal* creó en 2017 el Colectivo de afectadas por el INSS (Instituto Nacional de Seguridad Social) para apoyarse unos a otros en los procesos judiciales. En 2021 ya habían conseguido más de 70 sentencias favorables en todo el Estado.

6. EL PROYECTO DE LEY POR LA QUE SE MODIFICAN DIVERSAS NORMAS PARA CONSOLIDAR LA EQUIDAD, UNIVERSALIDAD Y COHESIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.

Se trata de un proyecto de ley por el que se pretenden modificar diversas normas para consolidar la equidad, universalidad y cohesión del Sistema Nacional de Salud. Consta de una exposición de motivos, seis artículos, tres disposiciones transitorias, tres disposiciones adicionales, una disposición derogatoria única y seis disposiciones finales. Fue presentada ante la Mesa del Congreso por el Gobierno el 16 de junio de 2022⁵⁶. Justo un año después de su presentación, con la disolución de las Cortes y la convocatoria de elecciones generales, esta iniciativa ha caducado. No obstante, considero que es interesante analizar brevemente su contenido.

El Ministerio de Sanidad y el Gobierno han admitido que se han detectado debilidades estructurales provocadas por la aplicación del decreto 7/2018, por lo que sienten la necesidad de tomar nuevas medidas para hacer frente a esos retos y desafíos identificados.⁵⁷ Por otro lado, al igual que se intentó en numerosas ocasiones, se trataría de erradicar el problema de la falta de homogeneidad de aplicación de la normativa en las distintas Comunidades Autónomas.^{58 59}

Según el Gobierno, también la pandemia del Covid-19 ha puesto de manifiesto los puntos débiles del Sistema Nacional de Salud. Tanto la opinión pública, política y mediática tomaron en conciencia la gran necesidad de tener un Sistema Nacional de Salud fuerte y la importancia real que tiene la sanidad en nuestra sociedad, no considerando el gasto en sanidad como un gasto como tal sino como una inversión en nuestra salud presente y futura.

Otra cuestión que no podemos pasar por alto y que también ha contribuido a tratar de modificar nuevamente el acceso al SNS, son las reclamaciones y el descontento de diferentes plataformas ciudadanas sobre la deficiente aplicación de la supuesta universalidad de la sanidad que se pretendía poner en práctica

56 Proyecto de Ley 121/000110. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-110-1 de 24/06/2022 Pág.: 1.

57 Exposición de motivos I del proyecto de ley. Pg 2. Para ello buscan tratar de impulsar medidas para minimizar las desigualdades a la hora de tener acceso a la sanidad pública, crear un contexto donde la salud esté presente en todas las nuevas políticas que se impulsen y reforzar el sistema sanitario a través de la colaboración y cooperación con otras estructuras y ámbitos.

58 Punto II de la exposición de motivos del proyecto Pg 5 y Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados el 22 de septiembre de 2022. Declaraciones de la Ministra de Sanidad Carolina Darias en la sesión de la votación de las enmiendas a la totalidad del proyecto. Pg 24 y 25.

59 Para tratar de solucionar este problema se suprimirían las citadas "cartera común", "cartera de servicios accesorios" y "cartera suplementaria" para unificarse y crear una única cartera de financiación pública para todo el territorio y también se suprimiría completamente el copago farmacéutico para personas que cobren el ingreso mínimo vital.

con el Decreto-ley 7/2018. Una de estas plataformas es REDER⁶⁰. Esta ha documentado hasta más de 5.000 casos de exclusión sanitaria desde la aprobación del Decreto-ley 7/2018. La plataforma reclama volver al modelo anterior a la aprobación del Decreto-ley 16/2012, donde todas las personas podían acceder a la atención sanitaria independientemente de su situación administrativa. Quieren que se eliminen las llamadas "Recomendaciones para la aplicación del RD-L 7/2018 de junio de 2019" y así acabar con el requisito mínimo de permanencia de 90 días para poder ser atendido. También reclaman que se modifique la ley para que las personas ascendientes establecidas en España por la reagrupación familiar tengan también derecho a la asistencia sanitaria. Por último, asegurar el acceso a las prestaciones farmacéuticas de los extranjeros en las mismas condiciones que los españoles.⁶¹ En definitiva, reivindican solventar todos supuestos que hacen que no haya una auténtica universalización en la sanidad actualmente.

Por todo ello el Gobierno creyó necesaria una nueva ley por la que se modificarían diversas normas para consolidar la equidad, universalidad y cohesión del Sistema Nacional de Salud.

Una de las modificaciones más relevantes que pretendía llevar a cabo el Gobierno es la de la modificación, una vez más, del artículo tercero de la ley 16/2003 de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Como ya vimos, este es el artículo que enumera los titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en España, así como el reconocimiento del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria con cargo a fondos públicos y la protección de la salud y atención sanitaria a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español.

Lo que pretendía el Gobierno con este Proyecto de Ley es ampliar las personas que pueden obtener esa titularidad. Actualmente hay tres grupos; los nacionales españoles con residencia habitual en España, los no residentes, pero que tienen reconocido el derecho a la asistencia por cualquier otro título jurídico y las personas extranjeras con permiso de residencia legal y habitual y que no tienen obligación de acreditar la cobertura obligatoria de prestación sanitaria por otra vía.

Si este Proyecto se hubiera convertido en ley, se habrían incluido dos nuevos supuestos que supondrían la titularidad del derecho de protección a la salud por parte de los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, en los mismos términos que los nacionales:

⁶⁰ La Red de Denuncia y Resistencia al RDL 16/2012 (REDER) es una alianza de más de 300 colectivos, organizaciones y movimientos que denuncia los casos de exclusión sanitaria que dan actualmente y defiende del acceso universal a la salud en España. Está coordinada por un grupo motor formado por , Médicos del Mundo, Salud por Derecho, la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria (semFYC), la Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública (FADSP), y la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria (SESPAS).

⁶¹ Manifiesto sobre el Anteproyecto de Ley de medidas para la equidad, universalidad y cohesión del SNS de 7 de abril de 2022. Firmado por las más de 300 organizaciones que conforman REDER.

(1) En primer lugar, las personas españolas de origen que residan en el exterior en sus desplazamientos temporales al territorio español siempre que no tenga ya esa cobertura por otra vía. Obtendrán la titularidad tanto ellos como sus familiares que le acompañen.

(2) En segundo lugar, personas ascendientes reagrupadas por alguno de sus hijos titulares del derecho a la asistencia sanitaria, siempre que no exista un tercero obligado al pago. Además, las autoridades competentes no exigirán un seguro de enfermedad para la autorización de su permiso de residencia o la inscripción en el registro central de extranjeros.

Por otro lado, se habría modificado el artículo 3 bis, pasando a denominarse “protección de la salud y atención sanitaria a las personas extranjeras no titulares del derecho.” La finalidad de esta nueva redacción no era otra que lograr una aplicación del derecho a la asistencia sanitaria de manera uniforme y homogénea a aquellas personas no autorizadas ni registradas como residentes en España. Con ello se pretendía acabar con uno de los defectos detectados en la ley actual como vienen reclamando diferentes asociaciones y plataformas ciudadanas.

Tendrían derecho a atención sanitaria en los mismos términos que los nacionales españoles los solicitantes de protección internacional, a las desplazadas solicitantes y beneficiarias de protección temporal y a las víctimas de trata de seres humanos o de explotación sexual que hayan sido identificadas en el marco de lo dispuesto por el artículo 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social o que hayan sido acreditadas como tales en el marco de lo dispuesto por el artículo 47 del Real Decreto-ley 6/2022.⁶² También las personas no registradas ni autorizadas como residentes en España.

La disolución de las Cortes Generales para convocar elecciones generales anticipadas supone que este proyecto de ley no va a ser aprobado, al menos en la XIV legislatura. Aún así, este proyecto sienta un interesante precedente y sin duda constituirá una de las bases del debate sobre esta cuestión en la nueva legislatura que comenzará tras la constitución de las nuevas Cortes elegidas el próximo 23 de julio.

⁶² Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

7. CONCLUSIONES

Habiendo realizado un estudio de todo el proceso que hace que nos encontremos en este punto a día de hoy, nos damos cuenta que el tema suscita un debate que va más allá del aspecto legal y, aún en estos momentos, no se presume que no vaya a haber más cambios sobre este tema en los próximos tiempos. Como hemos observado, ni siquiera la doctrina tiene una opinión unánime sobre el tema. Las cuestiones sobre la concurrencia del presupuesto habilitante de extraordinaria y urgente necesidad para dictar un Real Decreto-ley o la determinación de los límites materiales competenciales que tiene una Comunidad Autónoma en la regulación sobre la sanidad las posiciono en un segundo plano en el tema que hemos tratado ya que considero que son aspectos formales y que forman parte de otras controversias como la del grado de autonomía de las CCAA o la excesiva utilización o no de decretos-leyes por parte de los distintos gobiernos.

La cuestión, por lo tanto, que desde mi punto de vista es más importante y sobre la que he querido hacer hincapié en este trabajo es el hecho de considerar o no a los inmigrantes en situación irregular como titulares del derecho a la atención sanitaria y determinar cuál es el alcance del derecho 43 CE de protección a la salud.

Dicho esto, para responder a dicha pregunta habrá que tener en cuenta bastantes cuestiones. No se trata de centrarse únicamente en el aspecto económico, puesto que estamos tratando un tema en el que se ve afectada la salud de las personas. Por lo tanto, también habrá que realizar un debate moral sobre cada medida que se adopte, para así tener en cuenta las posibles consecuencias y llegar a una conclusión fundada. Suscribo la opinión del catedrático Efrén Borrajo Dacruz en que "La salud y su protección recogen el conflicto entre los factores culturales y económicos en toda su amplitud, máxime si se rebasa el nivel de simple conservación de un determinado estado psicofísico, que se identifica sin más con la integridad corporal y mental de la persona, y se busca alcanzar el nivel de holgura o plenitud vital".⁶³

En primer lugar, me gustaría expresar algunas consideraciones sobre lo que supondría una situación de universalidad plena de la sanidad. En mi opinión, el hecho de dejar la puerta abierta a que cualquier persona que entre en nuestro país tenga derecho a recibir asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles me parece una propuesta más bien utópica.

La sanidad pública española ocupa siempre las primeras posiciones en los estudios⁶⁴ realizados por distintos organismos que analizan las diferentes

63 BORRAJO DACRUZ, E., "Comentario al artículo 43 CE: Protección de la salud", en VVAA, Comentarios a la Constitución Española de 1978, Madrid, Edersa, Tomo IV, 1996

64 La base de datos Numbeo indica en el *Health Care Index by Country 2023* que la sanidad de España se encuentra en la posición 6ª del mundo (https://www.numbeo.com/health-care/rankings_by_country.jsp). La página web Radar Healthcare elaboró un informe publicado el 9 de junio de 2022 y posicionó a España en el 5º lugar de calidad de los sistemas sanitarios mundiales (<https://radarhealthcare.com/news-blogs/healthcare-mapped-report/>).

sanidades públicas del mundo. Esto debe hacernos sentir orgullosos y afortunados de la calidad de nuestra sanidad, así como sentir el deber de preservar y mejorar, en la medida de lo posible, el SNS. Resulta difícilmente creíble que, en una situación de universalidad plena donde no hubiera ningún tipo de requisito para obtener atención sanitaria, ningún extranjero acudiría a España únicamente animado por la facilidad para obtener atención sanitaria.

Por un lado, es previsible que algunos ciudadanos europeos aprovechando la libertad de circulación en la UE, se desplazaran a nuestro país con el fin de someterse a una operación quirúrgica o a un tratamiento médico, cubiertos con fondos públicos, y que en su país de origen no obtendrían de manera gratuita. Como ya vimos, este uso abusivo de nuestra sanidad no es un tema desconocido, habiéndose realizado ya cambios en su régimen de aplicación en materia de extranjería para que eso no ocurriese más.

Por otro lado, la universalización podría suponer un incremento del reto de la inmigración irregular en nuestro país. El hecho de la posición geográfica de España, con fronteras adyacentes a África, sumado a que ningún país europeo posee una universalidad plena en su sanidad pública, provocaría la llegada de gran cantidad de extranjeros, en un mayor número al que ya entra cada año⁶⁵.

La asimilación de ese número de personas podría suponer una desestabilización del SNS y no ser sostenible a lo largo del tiempo, lo que podría conllevar un recorte de algunas prestaciones ya ofrecidas. No podemos olvidar que nos encontramos dentro del marco de la UE, por lo que el gasto público y los niveles de déficit público van a estar controlados en cada momento. Esto hace que debamos también atender a la solvencia de nuestra sanidad pública y por lo tanto plantearnos si seremos capaces de financiar un SNS en el que una gran cantidad de personas, aún con la voluntad de trabajar y aportar al país que les acoge, no van a poder aportar a la Seguridad Social al no poseer un permiso de residencia y, por consiguiente, un permiso de trabajo.

Está claro que en los tres supuestos que hemos venido estudiando en el trabajo (menores, embarazadas, situaciones de urgencia), no hay duda de que reciban atención sanitaria, porque además España ha ratificado Tratados que así lo indican.

Hay que ser conscientes de la complejidad que supone para un país afrontar una etapa de grave coyuntura económica y como sociedad hay que aceptar que en determinadas ocasiones va a haber que hacer un esfuerzo por reducir el gasto público en beneficio de la colectividad y de la solvencia económica del país.

Ahora bien, desde mi punto de vista, la medida más acertada no creo que sea reducir derechos que están íntimamente relacionados con otros derechos tan fundamentales y sensibles como la dignidad humana, el derecho a la vida o a la integridad física como es el caso del derecho a la protección de la salud. Hacer esto supone un paso atrás en la consecución de un objetivo que es

⁶⁵ El informe quincenal del Ministerio del Interior sobre inmigración irregular informó de la llegada de 31.219 inmigrantes irregulares a España en el año 2022.

exhortado por la OMS como es el de la universalidad de la sanidad. Habrá otros casos en los que, a pesar de suponer un perjuicio para ciertas personas como ocurre siempre que hay una reducción de gasto público, no se plantee este debate al no ser una cuestión relacionada con la dignidad humana.

Estoy de acuerdo con la postura que se expone en el Voto Particular del Magistrado Valdés Dal-Ré en la STC 139/2016 y que también suscribe el profesor Delgado del Rincón⁶⁶ al considerar que el Tribunal Constitucional debería haber relacionado el artículo 43 CE con otros derechos fundamentales y no haberle tratado como un principio rector independiente de cualquier otro derecho constitucional. La doctrina del Tribunal Constitucional viene determinando que aunque el artículo 13 CE permite al legislador llevar a cabo limitaciones y restricciones de los derechos de los extranjeros, no afectará a aquellos derechos que “son imprescindibles para la garantía de la dignidad de la humana que, conforme al art. 10.1 CE, constituye fundamento del orden político español.”⁶⁷ Por tanto, al considerar la relación entre el derecho del artículo 43 CE y el derecho a la dignidad humana del artículo 10 CE, el legislador tendría mucho menos margen de modificación del derecho de protección de la salud y por lo tanto no sería de aplicación el argumento de la ya citada clasificación tripartita de los derechos de los extranjeros del FJ 4 de la STC 236/2007.

Respecto al requisito de la estancia durante 90 días, lo veo como un mal necesario como método de acreditación de que un extranjero no ha acudido a nuestro país solamente con la intención de aprovecharse de nuestro sistema sanitario. No obstante, posteriormente a la aplicación del Real Decreto-ley 7/2018 y la posterior resolución de 20 de junio de 2019, de la Dirección General de la Cartera Básica de Servicios del Sistema Nacional de Salud y farmacia, se está dando una situación donde en determinadas Comunidades Autónomas se viene pidiendo este requisito de estancia también a embarazadas, menores y en casos de urgencias médicas de extranjeros tal y como vienen denunciando distintas asociaciones. Este aspecto no es positivo ni deseable desde ningún punto de vista por lo que debería ser modificado.

66 DELGADO DEL RINCÓN, L.E.: *El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: limitaciones y problemas competenciales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 278-279

67 STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 4

8. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARZOLA ASTACIO, H.L.: “Derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros”, *Revista del gabinete jurídico de Castilla-la Mancha*, 11, 2017, 97-148. Disponible en: <https://gabilex.castillalamancha.es/articulos/derecho-la-asistencia-sanitaria-de-los-extranjeros>
- BORRAJO DACRUZ, E., “Comentario al artículo 43 CE: Protección de la salud”, en VVAA, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Madrid, Edersa, Tomo IV, 1996, pp. 165-203.
- DELGADO DEL RINCÓN, L.E.: “El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes en situación administrativa irregular: reflexiones críticas sobre la reciente jurisprudencia constitucional acerca de las restricciones introducidas por el Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril.” *Revista Española de Derecho Constitucional*, 112, 2018, pp. 287-314. Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/3835409delgado-del-rincon.html>
- DELGADO DEL RINCÓN, L.E.: “Nuevos avances en la universalización de la asistencia sanitaria en España: a propósito de la reforma apresurada, imprecisa e incompleta introducida por el decreto ley 7/2018, de 27 de julio”. *Revista de Estudios Políticos*, 186, 2019, pp. 105-136. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.186.04>
- DELGADO DEL RINCÓN, L.E.: *El derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros: limitaciones y problemas competenciales*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.
- FERNANDEZ BERNAT, J.A. “asistencia sanitaria e inmigración irregular”. *Revista de treball, economia i societat*, 67, 2015, pp. 1-16.
- JUANMARTI MESTRES, A.; LÓPEZ CASASNOVAS, G.; VALL CASTELLO, J.: “The deadly effects of losing health insurance”, CRES-UPF Working Paper #201804-104. Instituto de Economía de Barcelona y la Universidad Pompeu Fabra, marzo de 2018. Disponible en: <https://www.upf.edu/documents/3223410/7582912/CRESWP201802104/a19eaed2-412f-9e84-0fa4-f8f93af2db4d>
- MARSET CAMPOS, P.; SÁEZ GÓMEZ, J.M.; MARTÍNEZ NAVARRO, F. “La salud pública durante el franquismo”, *Dynamis. Acta Hisp. Med. Sci. Hist. Illus.*, 15, 1995, pp. 211-250. Disponible en: <https://raco.cat/index.php/Dynamis/article/view/108738>
- MARTÍN DELGADO I.: “La asistencia sanitaria de los extranjeros en España”, *DS: Derecho y salud*, 10 (2), 2002, pp. 197-218. Disponible en: <https://www.ajs.es/sites/default/files/2020-05/Vol1002-6.pdf>

RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V.: “El derecho a la Asistencia Sanitaria de los extranjeros en situación irregular”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*, 5, 4º trimestre 2015, pp. 97-116. Disponible en: <https://revista.laborum.es/index.php/revsegsoc/article/view/67>

RUBIO VELASCO, M.F.: “El arduo camino hacia la universalidad de la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares en España”, *Revista internacional de la Protección Social*, VI (1), 2021, pp. 343-369. Disponible en: <https://editorialbomarzo.es/wp-content/uploads/La-Ciudad-del-Trabajo-NU%CC%81MERO-46.pdf>

SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: “De vuelta con el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros irregulares”, *Revista de Derecho social*, 85, 2019, pp. 97-119. Disponible en: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/97027/2/2019_Nancy-Sirvent_RevDerSoc_preprint.pdf

YO SÍ SANIDAD UNIVERSAL: “Valoración Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud”. 13 de agosto de 2018. Disponible en: <https://yosisanidaduniversal.net/noticias/valoracion-del-real-decreto-ley-7-2018>

9. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CITADA

STC 107/1984, de 23 de noviembre

STC 242/1994, de 20 de julio

STC 95/2000, de 10 de abril

STC 98/2004, de 25 de mayo

STC 236/2007, de 7 de noviembre

ATC 96/2011, de 21 de junio

STC 136/2012, de 19 de junio

STC 139/2016, de 21 de julio

STC 134/2017, de 16 de noviembre

STC 145/2017, de 14 de diciembre

STC 2/2018, de 11 de enero

STC 17/2018, de 22 de febrero

STC 18/2018, de 22 de febrero